

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Etude Juridique sur la Gérance Salariée des Fonds de Commerce

Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue
LE JEUDI 5 JUIN 1930

PAR

POL CENDRÉ

M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Président.*

MM. MAURICE PICARD } *Suffragants*
CASSIN }

PARIS

IMPRIMERIE DU MONT-PARNASSE ET DE PERSAN-BEAUMONT

1930



Etude Juridique
sur la Gérance Salariée
des
Fonds de Commerce

A MA TANTE

En témoignage d'affectueuse reconnaissance.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551823_0015

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses : ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Il n'est certainement pas sans intérêt, au début d'une étude sur la mise en gérance des fonds de commerce de préciser le sens dans lequel nous emploierons le mot « gérant ». On peut évidemment être tenté de lui donner pour synonyme « administrateur ». Dans bien des cas, en effet, le rôle du gérant est comparable à celui d'un administrateur ainsi le gérant d'affaires, le gérant de sociétés et parfois même le gérant de fonds de commerce. Cependant la définition qu'implique cette comparaison de mots nous semble un peu étroite et sans méconnaître sa valeur technique nous lui préférons celle qui consisterait à dire qu'en règle générale le gérant est celui qui rend productif un bien déterminé. Il n'est pas douteux que cette seconde acception, plus large que la précédente, soit plus économique que juridique mais cependant les usages du langage courant doivent nous y conduire puisque l'on désigne couramment du nom de gérants des personnes qui n'administrent pas à proprement parler. Tel est justement le cas de certains gérants de fonds de commerce ou pour être plus précis de certains gérants *saliés* de fonds de commerce.

Les gérants de fonds ne sont-ils donc pas tous salariés ? Une réponse aussi complète que possible à cette question sera la matière de cette introduction.



Il arrive fréquemment, en pratique, que le propriétaire d'un fonds de commerce charge un tiers de le diriger en son lieu et place et lui donne dans ce but des pouvoirs plus ou moins étendus. Les hypothèses où ce fait est susceptible de se produire sont nombreuses et variées. Citons à titre d'exemples le cas du commerçant qui est contraint de s'absenter pour une période plus ou moins longue ou qui plus simplement désire prendre des vacances ; supposons encore que ce commerçant se trouve dans un état de santé qui ne lui permette pas de poursuivre personnellement l'exploitation de son fonds, qu'il veuille porter ailleurs son activité, dans un commerce similaire ou non, que résolu à se débarrasser du fardeau et des préoccupations des affaires après une longue carrière, il préfère laisser ses capitaux investis dans son fonds plutôt que de le vendre et de les placer en titres d'un rapport moindre ou bien que, désireux de transmettre ce fonds à ses enfants il ne les juge pas encore suffisamment aptes à le gouverner ; imaginons enfin que ce commerçant étant décidé à vendre son fonds, son acquéreur éventuel ne se contente pas d'un examen même approfondi de la comptabilité et lui demande de le prendre en mains lui-même pendant quelque temps pour se faire une idée exacte du ren-

dement. Voilà un certain nombre de cas où le besoin d'une mise en gérance se fait sentir pendant une période transitoire ou de longue durée. Ajoutons enfin qu'il est des fonds de commerce qui sont normalement et continuellement confiés à des gérants ; ce sont ceux qui appartiennent à des sociétés souvent très puissantes décrites par les économistes sous le nom « d'entreprises à succursales multiples ». Dans la première série d'hypothèses comme dans la seconde, le personnage auquel on a recours s'appelle un gérant ; son rôle est de rendre productif le fonds qu'il dirige et c'est précisément ce qui nous a fait adopter la définition générale du gérant donnée ci-dessus.

La pratique a imaginé deux procédés de mise en gérance des fonds de commerce. Le propriétaire peut, soit donner son fonds à bail, soit s'assurer le concours d'une personne à qui il versera une rémunération déterminée par avance. Dans le premier cas on désigne couramment le preneur du nom de « gérant libre » ; dans le second il s'agit d'un gérant salarié. Sans vouloir discuter la justesse de l'expression « gérance libre » il est indispensable que nous séparions nettement ici le bail du fonds de commerce de la gérance salariée puisque notre travail ne portera que sur cette dernière notion.

Il n'est pas douteux que le procédé qui consiste à donner à bail un fonds de commerce est beaucoup plus récent que l'autre. Et cela se comprend facilement si l'on remarque, d'une part, qu'il ne pouvait apparaître qu'autant que la notion de fonds de commerce était dégagée et si l'on se rappelle d'autre part que cette notion ne remonte pas à plus d'un demi-siècle. Au contraire,

il est possible de trouver à des époques très reculées, par exemple dans notre ancien droit ou même à Rome des personnages dont le rôle peut se comparer, *mutatis mutandis*, à celui du gérant salarié moderne (*l'institor* à Rome, l'instituteur ou facteur pendant les trois ou quatre siècles qui ont précédé la Révolution).

En dehors de cette première différence historique il en est d'autres beaucoup plus importantes. Elles dérivent toutes de ce fait que le gérant libre fait le commerce en son nom et pour son compte tandis que le gérant salarié agit pour le compte du propriétaire du fonds. Dans l'un et l'autre cas celui qui met en gérance reste, si du moins il l'était déjà, propriétaire du fonds, mais dans le premier il est normal que ce soit le gérant qui paye à son co-contractant une redevance trimestrielle ou mensuelle — un loyer — puisque, agissant pour son propre compte, il recueille les bénéfices vont au propriétaire du fonds sous déduction des salaires attribués au gérant. Si l'on a pu dire que la gérance d'une entreprise commerciale joue, au point de vue économique pour l'exploitation d'un fonds de commerce le rôle que remplit le prêt à intérêt dans l'utilisation des capitaux, nous pouvons ajouter en poussant la comparaison un peu plus loin qu'au cas de gérance salariée le propriétaire du fonds reçoit les bénéfices dont le montant est variable de la même façon qu'un actionnaire touche un dividende plus ou moins élevé selon le degré de prospérité de la société dont il fait partie, tandis qu'au cas de gérance libre, ou si l'on veut encore d'affermage du fonds, le propriétaire encaisse un revenu fixe indépendant

des résultats de l'entreprise tout comme l'obligataire voit son capital rémunéré par des rentes dont le montant est invariable pour une somme donnée.

Ces observations nous permettent de dire que celui qui a pris à bail un fonds de commerce devient par là même commerçant tandis que le propriétaire du fonds ne l'est plus et qu'au contraire si ce dernier prend un gérant salarié il le reste tandis que celui-ci ne le devient pas. Il en résulte que le preneur d'un fonds devra satisfaire à toutes les obligations imposées par la loi à ceux qui ont la qualité de commerçant, qu'il s'engagera seul à l'égard des tiers et pourra être déclaré en faillite alors que le gérant salarié échappe à ces obligations, ne s'engage pas à l'égard des tiers et ne saurait tomber sous le coup de cette sanction. Telles sont les principales différences qui séparent les deux modes de mise en gérance des fonds de commerce.

Il est évident que la gérance salariée comporte davantage de risques que le bail pour le propriétaire du fonds mais dans le premier cas il recueille tous les bénéfices de l'exploitation tandis que dans le second il ne reçoit qu'un loyer dont le montant est souvent fort inférieur au profit réalisé par le gérant libre. C'est pourquoi la gérance salariée se rencontre encore aujourd'hui alors que le bail du fonds serait pour ainsi dire tombé en désuétude, si, depuis la guerre, il n'avait servi de support à une combinaison dite de « gérance-vente » à laquelle les parties recourent dans le but de réaliser une vente de fonds échappant en grande partie aux droits d'enregistrement fort élevés réclamés par le Trésor. Ces combinaisons, qui se composent essentielle-

ment d'un bail du fonds assorti d'une promesse de vente avec convention que les loyers versés, si elle se réalise, s'imputeront sur le prix du fonds, ont été diversement appréciées par les tribunaux lorsqu'ils ont été appelés à se prononcer sur leur validité. Il semble qu'à l'heure actuelle la jurisprudence, qui les avait à un certain moment déclarées valables *inter partes* mais nulles à l'égard des tiers par application de la loi du 17 mars 1909, incline dans le sens de la nullité absolue de ces opérations en raison de la fraude fiscale qu'elles contiennent et ce, par application des dispositions de l'art. 7 de la loi du 27 février 1912. (Ainsi pour ne citer que les décisions les plus récentes : Paris 9 janvier 1929. Semaine juridique du 21 mars 1929. Tribunal de Commerce de Meaux 15 janvier 1929. Gaz. Pal. 12 avril 1929. Paris 16 mai 1929. La Loi du 6 juin 1929). Devant l'attitude de plus en plus hostile des tribunaux à l'égard des contrats de gérance-vente il est à prévoir que les intermédiaires en fonds de commerce renonceront à les conseiller à leurs clients et que leur succès éphémère disparaîtra sous peu. A ce moment il est probable que le bail pur et simple du fonds ne se rencontrera plus qu'à titre exceptionnel. C'est la raison pour laquelle il nous a semblé préférable de limiter cette étude à la gérance salariée, seule de pratique courante.



A l'inverse du gérant locataire d'un fonds qui a nécessairement tous pouvoirs pour l'administrer, l'importance du rôle joué par le gérant salarié est essentiellement **variable**.

Il peut se faire que le propriétaire du fonds qui met en lui toute sa confiance parce qu'il connaît de longue date sa compétence et sa moralité lui ait donné carte blanche pour exploiter l'établissement tout comme s'il s'agissait d'un gérant libre. Le gérant sera dans ce cas *l'alter ego* du patron, il aura qualité pour traiter avec les tiers et deviendra son mandataire à chaque fois qu'il contractera avec eux. Il s'occupera des intérêts de son maître comme s'il s'agissait des siens propres, c'est-à-dire qu'il fera tout ce qu'il jugera utile pour la bonne marche de l'exploitation. En d'autres termes il accomplira pour le propriétaire du fonds des actes de toute nature, soit matériels soit juridiques et lorsque nous déterminerons la nature du contrat qui le lie à son patron nous aurons à en tenir compte. Dans cette hypothèse, comme dans celle du gérant libre, le gérant salarié joue exactement le rôle d'un administrateur ayant pleins pouvoirs.

Mais il est possible que celui qui met le fonds en gérance ne juge pas opportun d'abandonner d'aussi larges prérogatives à son gérant. Il conservera, par exemple, le pouvoir de traiter certains marchés importants et de fixer le prix de vente des produits principaux tandis qu'il laissera à son préposé la latitude d'engager le personnel nécessaire. Ici encore le gérant pourra se dire administrateur mais dans une mesure moindre que précédemment.

Enfin, dernière hypothèse, le gérant n'a aucun pouvoir pour traiter avec les tiers ; il vend les marchandises achetées par son patron à un prix fixé par celui-ci ; il a sous ses ordres des em-

ployés qui ont été choisis par le propriétaire du fonds. Tel est le cas ordinaire des gérants de succursales ; ils ne sont en aucune façon des administrateurs. Mais ainsi que nous le disions au début de cette introduction tous les gérants, quelle que soit l'étendue de leurs pouvoirs, ont pour trait commun de rendre productif les fonds auxquels ils sont attachés. C'est par leur intermédiaire qu'il est possible de jouir d'un fonds sans le diriger soi-même ou en n'intervenant que dans la limite que l'on s'est fixée.

Dans les différentes modalités du contrat de gérance que nous venons de parcourir et qui vont du gérant *alter ego* du patron au gérant de succursale nous avons vu l'intervention du propriétaire du fonds prendre une importance croissante. On peut donc dire qu'au fur et à mesure que le gérant s'éloigne de l'administrateur véritable la surveillance de celui qui met en gérance devient plus active. C'est ce qui explique que les sociétés à succursales multiples ont des inspecteurs chargés de contrôler à tout instant les actes de leurs gérants.

*
**

Jusqu'alors, la mise en gérance des fonds de commerce n'a été l'objet d'aucune disposition législative. La loi du 17 mars 1909 n'a trait qu'à la vente et au nantissement des fonds, par suite les commentateurs de cette loi ont le plus souvent laissé dans l'ombre la question qui nous occupe.

Elle est cependant loin d'être sans intérêt et les difficultés qu'elle soulève sont nombreuses et souvent d'une solution malaisée.

Pour déterminer les conditions dans lesquelles un fonds peut être mis en gérance, les effets du contrat et la façon dont il prend fin, la première idée qui vienne à l'esprit, est de comparer ce contrat à un autre parfaitement connu et étudié depuis longtemps tel que le mandat ou le louage de services. Si l'on parvenait à un rapprochement de ce genre le problème serait de beaucoup simplifié ; il suffirait alors d'adapter à la gérance les règles générales du contrat ainsi choisi.

Mais en adoptant cette méthode, que nous suivrons parce qu'elle nous paraît la seule praticable en vue d'une étude raisonnée, on se trouve en présence d'une première difficulté. Nous venons de dire que les contrats desquels on puisse rapprocher la gérance sont le mandat et le louage de services. Or la distinction même de ces contrats n'est pas nettement définie en doctrine. Dès lors, suivant que l'on adopte tel ou tel criterium du mandat, on sera porté à voir une opération juridique différente dans celle qu'il s'agit d'analyser. C'est pourquoi nous serons obligés de faire connaître d'abord le criterium qui nous semble le meilleur pour aborder seulement ensuite le problème du contrat de gérance lui-même.

Si nous parvenions à déterminer nettement de cette façon la nature juridique de ce contrat nous ferions avancer la question d'une façon fort sensible. Mais nous ne l'aurions pas résolue complètement. En effet une deuxième difficulté surgit.

D'ordinaire, les différents textes législatifs dont l'application au contrat de gérance peut être envisagée ne règlent pas spécialement le louage de services. En dehors des textes du code civil, nous ne voyons guère que la loi du 19 juillet 1928 sur la rupture du contrat de louage de services fait sans détermination de durée qui s'applique littéralement au louage de services. Les autres lois telles que celle sur les accidents du travail, ou sur le repos hebdomadaire, visent les employés et les ouvriers par opposition aux chefs d'entreprise. Il faudra donc que nous recherchions si le gérant doit être considéré comme un employé ou un chef d'entreprise. Il arrive même qu'un texte législatif (loi sur le repos hebdomadaire) sans dénier à un individu la qualité d'employé l'assimile à un chef d'entreprise. C'est pourquoi nous examinerons cette seconde difficulté en différents endroits, à chaque fois qu'elle se présentera, tandis que nous grouperons dans un même chapitre tout ce qui a trait à la nature juridique **du contrat**.

Telles sont dans leurs lignes les plus générales les questions qui se posent à propos de la gérance salariée des fonds de commerce. Nous n'en commencerons pas la discussion ici : une introduction n'est pas un hors-d'œuvre comme l'a dit Troplong.

Les indications qui précèdent laissent deviner notre plan ; le principal grief qu'on pourra lui faire ne sera pas, croyons-nous, d'être compliqué.

Après avoir, dans un chapitre I décrit les antécédents historiques de la gérance salariée, nous nous efforcerons, dans un

chapitre II de déterminer la nature juridique du contrat de gérance. Le contenu de ce chapitre nous servira **en partie** de base pour les chapitres suivants qui auront trait aux conditions et aux préliminaires de la mise en gérance (Ch. III) à ses effets *inter partes* et à l'égard des tiers (Ch. IV) et à la fin du contrat (Ch. V). Le chapitre VI sera consacré à la gérance des sucursales de sociétés.

Chapitre Premier

ANTÉCÉDENTS HISTORIQUES

SECTION I

DROIT ROMAIN

Le commerce en boutique existait déjà à Rome vers la fin de la République. Nous en avons la preuve dans les textes où l'on trouve le mot *taberna* qui signifie « boutique », « cabaret ».

Ces *tabernæ* étaient-elles toujours exploitées par leurs propriétaires ? Rationnellement il semble difficile de répondre par l'affirmative car le besoin que pouvait éprouver un citoyen de se substituer une tierce personne dans l'exercice de son commerce, s'expliquait par des raisons analogues à celles qui ont fait apparaître la mise en gérance, de nos jours. En fait, les textes nous apprennent l'existence, à cette époque, d'une action dite « institoire » donnée aux tiers contre le *paterfamilias* en raison des engagements pris par les personnes en sa puissance.

ses esclaves ou même des étrangers lorsqu'il leur avait conféré le pouvoir de gérer pour son compte une entreprise commerciale terrestre ou une boutique lui appartenant. C'est donc la preuve qu'un citoyen pouvait faire appel à un tiers pour exploiter son commerce en ses lieu et place. Ce tiers était désigné du nom d'*institor*. Reste à savoir dans quelle mesure l'*institor* peut correspondre au gérant actuel. Disons dès maintenant qu'il n'en est que l'image très atténuée. C'est ce que nous allons nous efforcer de montrer en examinant notamment dans quelles conditions l'action institoire a pris naissance et quelle fut son utilité.

Lorsque nous étudierons, dans le chapitre suivant, la nature juridique du contrat de gérance moderne, nous verrons que les deux idées qui sont à la base de ce contrat sont celles de louage de services et de représentation. Peuvent-elles servir de point de départ à la mission confiée à l'*institor tabernæ* ?

Nous pouvons, tout d'abord, écarter la première. Il ne pourrait s'agir ici que de *locatio operarum*. Or cette variété du louage ne s'appliquait qu'à des travaux manuels, ceux d'un manœuvre, par exemple. La notion de location du travail humain était donc trop restreinte, à Rome, pour s'adapter à la fonction remplie par l'*institor*.

En ce qui touche la représentation la question se présente d'une façon différente. On peut poser en principe que les Romains l'ignoraient totalement (1). Examinons brièvement pour-

(1) On a pu dire que la représentation apparaissait aux jurisconsultes romains comme une impossibilité juridique. (A. COLIN ET H. CAPITANT, *Crs élém. de droit civil français*, 3^e éd. T. I., p. 88).

quoi il en fut ainsi dès les origines et quelles sont les dérogations partielles qui furent apportées par la suite à cet état de choses. Nous serons ainsi amenés à constater que les obligations encourues par le préposant ne procédaient pas de cette notion et qu'en outre le préposé ne le rendait pas toujours créancier.

En droit moderne nous admettons sans difficulté qu'une personne entièrement étrangère à un acte juridique en supporte les charges ou en acquière le bénéfice, si l'un des co-contractants agit en son nom. Par une double fiction nous considérons comme présente à l'acte la personne qui n'y était pas et comme absente celle qui y était. En d'autres termes les effets du contrat passent directement sur la tête du représenté sans que le représentant en profite ou en pâtisse le moins du monde. Tel est le principe de la représentation.

Le droit civil primitif l'ignorait complètement parce qu'il était en contradiction avec son caractère essentiellement formaliste (1). Pour qu'une obligation puisse naître, certaines paroles solennelles devaient être prononcées, certains gestes accomplis. Celui-là seul qui avait rempli ces formalités, satisfait à ce rite pourrait-on dire, devenait créancier ou débiteur. Cette conception avait évidemment l'avantage d'être simple et logique. Lorsque les contrats formels perdirent du terrain au profit des nouvelles sources d'obligations, les contrats réels et con-

(1) Certains auteurs ont expliqué différemment l'exclusion de la représentation en droit romain. Par exemple de Ihering. *Esprit du droit romain*. Trad. de MEULENAERE. Paris 1888 T. IV, p. 171) y voit une conséquence de l'invisibilité de l'acte juridique.

sensuels, elle était par trop ancrée, pour qu'elle disparut complètement. Les quelques dérogations qui y furent simplement apportées en droit civil ne touchèrent jamais que certains points déterminés (1). Elles n'intéressent d'ailleurs pas notre sujet. Au contraire l'innovation du prêteur créant l'action *institoria* se rapporte directement à notre matière. Nous allons en mesurer la portée.

Précisons d'abord la situation particulière et importante du *paterfamilias*. Nous voulons faire ici allusion à la règle en vertu de laquelle le *paterfamilias* bénéficiait automatiquement de toutes les créances acquises par les personnes en sa puissance et ses esclaves (*per liberos et servos*). Dès l'origine ce principe fut constant mais il ne faudrait pas y voir une manifestation de représentation active. Il n'y avait là, à proprement parler, qu'une conséquence, qu'un aspect de l'organisation autocratique de la famille. Ses membres libres étaient co-propriétaires du patrimoine dont le *paterfamilias* était le gérant ; par conséquent comme l'a dit M. Labbé (*De la représentation dans les actes juridiques*. Sur Ortolan III, p. 865) « qu'il le veuille ou non, il acquiert par ses fils et ses esclaves ». Et cela était tellement vrai qu'inversement le *paterfamilias* n'était pas tenu des dettes contractées par les mêmes personnes parce que la stabilité du patrimoine familial ne pouvait être compromise par ces dettes. En somme, selon que l'on se place au point de vue

1) Par exemple, on peut devenir créancier ou débiteur *per extraneam personam ex mutuo* parce qu'il était possible de se dépouiller ou d'acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui. Même remarque au sujet du paiement de l'indû.

actif ou au point de vue passif, les effets des contrats conclus par les personnes en puissance passaient sur la tête du *paterfamilias* ou au contraire demeuraient sur la tête de ces personnes. Ce système était compatible à la rigueur avec celui des contrats formels primitifs (stipulation) parce qu'ils étaient unilatéraux mais il pêchait par la base lorsque apparurent les contrats consensuels et réels parce qu'ils étaient synallagmatiques (à l'exception du *mutuum*). En effet on ne devient le plus souvent créancier qu'en devenant simultanément débiteur. Si par exemple un vendeur devient créancier du prix de la chose vendue, il contracte par là même plusieurs obligations et notamment celle de livrer cette chose c'est-à-dire d'assurer à son acheteur une situation inexpugnable au possessoire (*vacuam possessionem tradere*). Dès lors le *paterfamilias* qui désirait exercer un commerce par l'intermédiaire d'autrui se trouvait pratiquement dans l'impossibilité de le faire puisque le membre de sa famille, et à plus forte raison l'étranger, qu'il aurait pu choisir ne pouvait le rendre débiteur ; le crédit dont il jouissait ne lui était d'aucune utilité.

C'est pour remédier à cette situation que le prêteur est intervenu à la fin de la République en créant l'action *institoria* qui fait partie du groupe des actions *adjecticiae qualitatis* (*a. quod. jussu, exercitoria*, etc...) ayant chacune leur domaine propre.

Ainsi que nous l'avons déjà noté au début de cette section, l'action *institoria* permet aux tiers de poursuivre le chef de famille, en raison des engagements pris par sa volonté, par les personnes en sa puissance, dans l'exercice d'un commerce ter-

restre. Peut-on conclure de ce fait que l'*institor* représente son préposant ? Non et pour les motifs suivants.

En premier lieu, nous devons remarquer que l'origine prétorienne de la réforme en limite la portée. En effet, si le prêteur, en vertu de ses pouvoirs propres, déclare qu'il délivrera dorénavant contre le *paterfamilias* la formule de l'action correspondant au contrat conclu par le préposé, il lui est impossible de la refuser contre l'*institor* responsable d'après le droit civil. Par un jeu de procédure (la formule de l'action *institoria* est avec transposition de personnes, l'*intentio* faisant mention du contrat conclu par le préposé et la *condemnatio* visant le préposant), il a pratiquement admis l'une des deux fictions auxquelles nous faisons allusion plus haut ; quant à l'autre, il devait nécessairement l'ignorer. La situation est donc celle-ci : le tiers a maintenant deux débiteurs, l'un *jure civili*, l'*institor* (1) et l'autre *jure praetorio*, son préposant (2). Pour qu'il y ait eu vraiment représentation il aurait fallu que l'obligation civile de l'*institor* disparût.

Mais il y a plus. Jusqu'alors nous n'avons envisagé que le cas où le *paterfamilias* choisissait une personne en sa puissance ou un esclave. Nous devons ajouter maintenant qu'un étranger pouvait aussi jouer le rôle d'*institor*, l'édit ne semblant pas distinguer (3). Dans ce dernier cas l'action *institoria* était donnée

(1) Si l'*institor* est un esclave il s'oblige *jure naturali*.

(2) M. Labbé (*op. cit.*) pense que sous Justinien, le tiers a la faculté d'agir successivement contre l'*institor* et le préposant jusqu'à parfait paiement de la dette.

(3) GIRARD. *Manuel élémentaire de droit romain*. 7^e éd., p. 709.

dans les mêmes conditions que précédemment. Si nous nous plaçons maintenant au point de vue actif il en va tout autrement. Nous avons vu que le chef de famille était de plein droit investi des créances acquises par ses personnes en puissance. Ici, au contraire, le principe est que le préposant ne devient pas créancier par son préposé. Plusieurs explications de cette règle ont été données.

On a d'abord fait appel à la vieille idée de l'exclusion des tiers du rapport obligatoire (1). On a aussi fait valoir que l'impossibilité pour le préposant (2) de poursuivre le tiers, était une garantie pour le préposé qui, lui, s'oblige toujours personnellement quand il oblige le préposant. Enfin d'autres auteurs (3) remarquant que l'*institor* traitait toute une série d'opérations heureuses ou malheureuses qui pouvaient se compenser l'une l'autre, ont pensé que l'action du préposant poursuivant un tiers et enlevant ainsi un article de recette au préposé serait contraire à l'intérêt de celui-ci. Quoi qu'il en soit, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'idée de représentation active fait complètement défaut (4).

En résumé, si l'*institor* semble jouer à Rome un rôle comparable à celui de notre gérant de fonds de commerce, la situation juridique de ces deux personnages ne se ressemble pas. Le

(1) CUQ. *Institutions juridiques des Romains*. 2^e éd., p. 406.

(2) GIRARD. *Op. cit.*, p. 714.

(3) LABBÉ. *Op. cit.*, p. 876.

(4) Depuis le II^e siècle pourtant, le tiers qui contracte avec un *institor* est obligé envers le préposant lorsque celui-ci n'a pas d'autre moyen de sauvegarder ses intérêts. Par exemple au cas où l'*Institor* est devenu insolvable.

premier est très souvent un esclave dont on cherche à tirer le meilleur parti ou un fils sous le joug de la puissance paternelle, tandis que le second est lié au propriétaire du fonds par un contrat de louage de services qui implique des obligations réciproques. De plus il résulte des explications qui précèdent que l'*institor* ne représente jamais son maître au sens moderne du mot ; nous verrons au contraire, que de nos jours, la notion de représentation joue un rôle important en la matière. En créant l'action *institoria* le prêteur a voulu remédier à un état de chose nuisible au chef de famille qui, bénéficiant des créances de ses personnes en puissance, ne pouvait être tenu des engagements contractés par elles pour son compte ; il a complètement négligé de préciser les rapports de l'*institor* et de son maître. Et il ne pouvait en être autrement en raison de l'organisation sociale de l'époque et des principes généraux du droit.

Si, aujourd'hui, le législateur traitait la question, il est à prévoir que son point de vue serait très différent. Il aurait pour but de fixer d'une façon définitive les conséquences des actes du gérant en la personne du propriétaire du fonds mais surtout de déterminer leurs droits et leurs obligations respectives en prenant pour base l'idée de louage de services. Nous nous en rendrons mieux compte dans le chapitre suivant.

SECTION II

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Nous avons vu que la réforme du prêteur a eu pour résultat de donner au tiers qui contractait avec *l'institor*, un second débiteur, son maître, le préposant. Et nous avons ajouté que cette dualité des obligés allait à l'encontre de la notion moderne de représentation. Au point de vue actif, nous avons constaté que si *l'institor* n'était pas sous la puissance du préposant, celui-ci ne devenait pas en principe créancier du tiers. Cependant, comme en dernière analyse le préposé ne devait pas conserver le bénéfice de l'acte, un transfert devenait nécessaire ; sinon le maître aurait pu poursuivre *l'institor* après qu'il aurait lui-même poursuivi le tiers (1).

Si nous passons maintenant à notre ancien droit nous observons qu'au XIII^e siècle Beaumanoir s'en tient encore à la rigidité de la règle primitive. Il ne connaît que le circuit d'actions ci-dessus indiqué. Ce n'est qu'au courant des XIV^e et XV^e siècles que la doctrine échappant d'une façon définitive à l'in-

(1) C'est en ce sens qu'on a pu dire qu'il y avait la représentation indirecte ou imparfaite.

fluence du droit romain adopte la théorie de la représentation qui est encore la nôtre à l'heure actuelle. Nous allons la voir en application ici.

Si nos anciens auteurs ont conservé le nom *d'institor* en le transformant toutefois en instituteur (1), il semble que par la suite, ils employèrent plus volontiers celui de « facteur ».

Le facteur est à proprement parler le commis d'un marchand mais il arrive très souvent que son maître le mette à la tête d'un comptoir dont il assure l'exploitation à lui seul. C'est pour cette raison que nous voyons en lui l'ancêtre, éloigné il est vrai de notre gérant de fonds de commerce. Nous allons préciser sa situation tout à fait différente de celle de *l'institor* romain en nous basant sur les écrits d'un magistrat, Toubeau dont le livre *Les Institutes du droit consulaire* est daté de l'année 1700.

Le facteur est un domestique à gages. Il loue donc ses services à son maître qui doit le rémunérer alors même que cela n'aurait pas été convenu. Solution équitable sans doute, mais dont les motifs (tirés du droit naturel ou de la parole de St-Paul « Chacun doit être payé suivant son travail ») nous semblent manquer quelque peu de valeur juridique. Le facteur se distingue par là du mandataire dont les offices sont gratuits en principe.

(1) Ainsi l'on trouve dans la *Somme rurale* de BOUTEILLER : (Edition Charondas le Caron, Lyon 1621. 1^{re} Partie, Titre XII, p. 93). « Instituteurs et exerceurs sont les familiers que les marchans ont fait de leur marchandise tant par mer comme par terre et qui le fait de leurs marchandises meinent et gouvernent sans que les marchans y soient présents ».

D'autre part, et c'est ce qui marque l'évolution du droit, le facteur oblige son maître et le rend créancier sans que ses actes produisent le moindre effet dans son patrimoine propre. C'est ainsi que par arrêt du Parlement de Paris du 14 mai 1607 Robert Heurtault « fut renvoyé absous du paiement qu'on lui « demandait des marchandises par lui prises en Flandres faisant fonction et prenant qualité de facteur de son frère » (1)

Toubeau s'exprime à ce sujet de la façon suivante (op. cit. p. 126).

« Tout ce que les facteurs font est tellement réputé fait « pour le maître, que le maître a non seulement action contre « son facteur mais il l'a encore contre ceux avec lesquels son « facteur a fait des affaires quoiqu'il n'en ait aucune cession ».

Et plus loin « Le maître est tenu de ce que son facteur fera « en son nom parce qu'il lui est imputé ce qui se fait par un « homme qu'il a ainsi choisi ».

Le facteur ne partage point au gain ni à la perte et « s'il doit faire son devoir et toute diligence » notre auteur nous rapporte une espèce où il est dégagé du cas fortuit préjudiciable à son maître (2). De même s'il est fait captif (cela arriverait plutôt à l'exerciteur), celui-ci doit l'indemniser et lui rembourser la rançon qu'il a dû payer pour obtenir sa libération.

(1) TOUBEAU. *Op. cit.* Livre II, p. 130.

(2) Un facteur ayant pu établir qu'il avait placé l'argent à lui confié par son maître dans des ballots et que ces ballots avaient été volés fut déchargé du remboursement de la somme.

En revanche, tout ce qu'il fait d'utile est au profit de son maître. Un facteur, Bourdon, avait été chargé de vendre des balles de toile à Alger mais elles lui furent volées par des pirates. Le roi d'Alger ayant obligé ceux-ci à lui en payer la valeur, son maître lui demanda restitution de cette somme et l'obtint bien que Bourdon fit valoir spécieusement que les marchandises avaient été pillées. Il semble bien d'ailleurs que, dans ce cas, le facteur avait agi en qualité de *negotiorum gestor*.

Il est à remarquer que les facteurs n'ont pas tous les mêmes pouvoirs. Certains qui sont parfois appelés « complémentaires » substituent complètement leur maître, « signent leur nom, leurs lettres et leurs comptes et leurs promesses ont la même force que si elles étaient signées de la main du maître » ; mais dans ce cas une question ne pouvait manquer de surgir, celle de savoir si le facteur engage son maître en exerçant publiquement son négoce sans prendre qualité de facteur ou s'il doit au contraire avertir explicitement les tiers de la situation. Nos anciens auteurs sont divisés sur ce point. Toubeau (op. cit. II p. 129), préconise la seconde solution ; avant lui, Bouteiller pensait que le facteur peut agir en son nom propre (1). Le pouvoir royal est intervenu à ce sujet et à la fin du XVI^e siècle prescrivit une sorte de publicité des procurations des facteurs (2).

(1) *Op. cit.*, p. 94.

(2) Ordonnance de Blois de 1579, Art. 358. « Tous étrangers trafiquans ou qui trafiqueront ci-après en nostre royaume et pais de nostre obéissance seront tenus de présenter aux greffes des juridictions ordi-

Ajoutons enfin qu'en règle générale les pouvoirs des facteurs étaient limités. Par exemple, s'ils pouvaient acheter, vendre, échanger, ils ne pouvaient emprunter sans autorisation spéciale.

Les indications générales que nous venons de donner concernant le facteur nous permettent de dire que son rôle est analogue à la fois à celui de son ascendant *l'institor* et à celui de son descendant le gérant salarié. Si par ailleurs nous nous plaçons sur un terrain plus strictement juridique et si nous considérons que l'évolution des principes directeurs du droit nous intéressant s'est effectuée relativement de bonne heure nous sommes amenés à conclure que le fossé qui sépare *l'institor* du facteur se comble en grande partie si l'on passe du facteur au gérant. En effet pour exprimer en langage moderne, une définition du facteur nous pouvons dire que c'est celui qui loue ses services à un marchand et qui le représente. Celle que nous donnerons du gérant ne saurait s'en éloigner sensiblement.

*
**

« naires des lieux leurs procurations, commissions et pouvoir pour y
« estre engeistrez à ce que chacun en puisse avoir copie. Et outre seront
« tenus exprimer en tous leurs contrats, cédules, promesses et acquits le
« nom de celui ou ceux pour q'ils feront lesdits acquits, achats, ventes
« et promesses... » (Isambert, Recueil des anciennes lois françaises XIV,
Ces dispositions furent étendues aux marchands français par l'art.
414 de la III^e ordonnance de Blois (1629). (Isambert XVI, p. 326).

Chapitre II

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE GERANCE

La question que nous avons à traiter dans ce chapitre est dominée par une discussion qui n'est certes pas nouvelle. Les civilistes les plus notoires s'y sont tous livrés : ils se sont efforcés d'établir une distinction nette entre le mandat et le louage de services. C'est qu'en effet le problème est à la fois délicat et important, important d'abord par les conséquences qu'entraîne l'adoption de telle ou telle solution et ensuite par le grand nombre de situations dans lesquelles il est susceptible de se poser en pratique. A ce dernier point de vue, indiquons en passant quelques uns des cas où l'on s'est demandé si l'on était en présence d'un mandat ou d'un louage de services : celui des agents des Compagnies d'assurances (1), du clerc de notaire,

(1) En ce qui concerne les agents des Compagnies d'assurances, une loi du 16 décembre 1927 est intervenue qui les assimile à des loueurs d'ouvrage, en ce qui concerne du moins la rupture de leur contrat avec la Compagnie. Il est à noter, d'ailleurs, que cette loi ne fait que résoudre une difficulté spéciale et laisse complètement de côté le problème général de la nature juridique de ce contrat.

du garçon de recettes, du représentant de commerce, du capitaine de navire, de certaines professions libérales et même du bookmaker (1).

Si la discussion dont nous allons avoir à fournir les éléments semble parfois se confiner dans la théorie pure, au moins dans sa première partie, elle présente avant tout de nombreux intérêts pratiques que l'on a souvent mis en relief. Contentons-nous pour le moment d'énumérer les principaux. Nous aurons l'occasion de revenir sur chacun d'eux à tout instant, lorsque nous étudierons la gérance dans ses détails.

1°. — Le mandat étant en principe gratuit, les tribunaux se sont reconnu le pouvoir de réduire le montant de la rémunération qui aurait pu être promise au mandataire. En matière de louage de services le salaire ne saurait en aucune façon être l'objet d'une diminution.

2°. — Le mandat est révocable *ad nutum*. En ce qui concerne la rupture du contrat de louage de services il faut distinguer : si ce contrat a été conclu pour une durée déterminée il ne peut être résilié que du commun accord des parties ; si aucune limitation de durée n'a été prévue la résiliation unilatérale peut toujours avoir lieu mais dans certaines conditions précisées par la loi (art. 1780, Code Civil modifié par la loi du 27 décembre 1890 et loi du 19 juillet 1928 modifiant l'art. 23 du livre I du Code du Travail).

(1) On trouvera dans BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. *Traité de droit civil, les contrats aléatoires, le mandat, etc.*, p. 173 et s., une longue énumération des professions au sujet desquelles la question se pose et la solution préconisée par les auteurs pour chacune d'elles.

3°. — Le loueur de services à la différence du mandataire bénéficie de la protection légale dans de nombreux cas en dehors du précédent : (1) repos hebdomadaire (loi du 13 juillet

(1) A la vérité, la protection légale s'applique à l'employé ou l'ouvrier qui est lié par un contrat de travail ; il en est de même pour le loueur de services qui lui aussi a accepté un contrat de travail.

1906) accidents du travail (loi du 12 avril 1906 étendant aux exploitations commerciales les dispositions de la loi du 9 avril 1898) insaisissabilité et incessibilité partielle des salaires (loi du 27 juillet 1921), privilège du salaire en cas de faillite du patron (loi du 17 juin 1919), etc...

Ainsi donc il est très important de voir dans la gérance, un contrat de mandat ou un contrat de louage de services (2). Mais est-ce bien ainsi que le problème doit se poser ? Nous ne le pensons pas ; nous estimons au contraire qu'il gagne beaucoup à être présenté dans des termes plus précis et qu'il est notamment très utile de scinder les différentes questions qu'il comporte. Ces questions peuvent être les suivantes :

(1) On pourrait se demander si le contrat de gérance n'est pas un contrat de louage d'ouvrage proprement dit, *locatio operis*. En effet, le gérant s'engage à mener à bien une entreprise nettement délimitée, la gestion du fonds, moyennant rémunération fixée au préalable. Cette façon de voir dont les conséquences seraient très défavorables au gérant (ainsi il ne bénéficierait d'aucun privilège, la législation sur les accidents du travail ne lui serait pas applicable) est à rejeter pour plusieurs raisons. D'abord le gérant est toujours plus ou moins subordonné à son patron, ce qui est caractéristique dans le louage de services alors qu'il n'en est jamais ainsi dans le louage d'ouvrage proprement dit, le *locator* étant libre de prendre telles dispositions qui lui conviennent pour remplir son obligation. De plus, nous verrons que le gérant doit consacrer toute son activité à la bonne marche des affaires alors qu'un *locator operis* reste libre de contracter d'autres engagements avec d'autres personnes.

(2) En ce sens, BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL. (*Du contrat de Louage* II, N° 1640).

I. — Est-il possible que le contrat de gérance procède à la fois du mandat et du louage de services ? Dans ce cas, y a-t-il lieu d'admettre que l'une de ces deux notions en raison de sa place prépondérante soit la seule qui régisse tout le contrat ? Sinon comment délimiter leurs domaines d'application respectifs ?

II. — Le contrat de gérance peut-il être considéré comme un contrat de mandat pur ?

III. — Peut-on enfin affirmer que le gérant n'est jamais uniquement loueur de services ?

Nous étudierons les questions I et II dans les deux paragraphes d'une même section parce qu'elles se posent toutes dans le cas général où le propriétaire d'un fonds prend un gérant salarié ; nous traiterons la question III dans une autre section en raison de ce qu'elle s'applique surtout au cas particulier des gérants des maisons à succursales multiples. Mais nous devons au préalable faire connaître dans une première section le critérium qui nous semble le mieux faciliter la distinction entre le mandat et le louage de services.

Ajoutons que la jurisprudence ne s'est pas prononcée nettement jusqu'alors en faveur d'un système déterminé. A chaque fois que les Tribunaux ont eu à juger un différend provoqué par une mise en gérance de fonds ils se sont basés sur les circonstances de l'espèce pour décider si les règles du mandat ou au contraire celles du louage de services devaient être appliquées à ce cas particulier. C'est pourquoi il ne nous est pas très com-

mode de donner, quant à présent, une vue d'ensemble sur la jurisprudence en la matière. Elle ne saurait être dégagée qu'à la fin des explications que nous donnons dans les chapitres suivants.

SECTION I

DISTINCTION DU MANDAT ET DU LOUAGE DE SERVICE

Le fait même que l'on discute sur le critérium du mandat notamment dans le but de le séparer du louage de services implique certaines analogies entre les deux notions.

L'une, sur laquelle il est bon d'ailleurs de ne pas trop insister, est celle-ci : bien que le mandat soit en principe gratuit, il est le plus souvent salarié tout comme le louage de services. L'autre est apparente à la lecture des textes. L'art. 1710 C. Civ. qui définit le louage de services et l'art. 1984 C. Civ. qui définit le mandat contiennent deux expressions identiques : « faire quelque chose ». Le mandataire et le loueur de services ont donc ceci de commun qu'ils font « quelque chose » pour leur co-contractant.

Et cette dernière observation nous conduit dès maintenant à énoncer le critérium le plus sûr du mandat parce que précisément il dérive de la différence de nature des actes accomplis dans chaque contrat. Dans le mandat, il s'agit d'*actes juridiques* tandis que dans le louage de services il ne saurait être question que d'*actes matériels* (1). Comme le fait justement remarquer M. Planiol qui adopte la présente distinction : (2).

(1) Le droit allemand à l'exemple du droit romain admet qu'il y a mandat à chaque fois qu'une personne est chargée d'une mission fût-elle toute matérielle.

(2) Dans le même sens, LALOU. *Responsabilité civile*, n° 482. De plus, MM. LYON-CAEN ET RENAULT (*Traité de droit commercial*, T. III, p. 507), constatent que c'est l'opinion qui prévaut.

L'art. 1984 ne précise pas la nature des « choses » à faire mais le mot « pouvoir » implique qu'il s'agit « d'actes juridiques ». (1). En effet, ce mot ne se trouve pas dans l'art. 1710.

Deux observations sont nécessaires pour compléter cette façon de voir :

1° « L'acte juridique consiste essentiellement dans une « volonté ; le véritable mandataire est celui qui prend la résolution nécessaire pour conclure l'acte, qui le veut et le *con-* « *sent* » (2).

2° L'acte juridique est fait pour le compte du mandant soit en son nom — il y a alors bien certainement représentation —, soit même au nom du mandataire. Si dans ce dernier cas le mandataire a nettement démontré son intention d'agir pour le compte d'autrui et qu'en outre le tiers ait partagé son intention il y a encore représentation.

C'est pourquoi un certain nombre d'auteurs (3) ont dit que le trait caractéristique du mandat se trouvait plutôt dans le fait que le mandataire représente le mandant, alors que le loueur de services ne saurait représenter celui qui l'emploie. La seconde partie de la comparaison est très juste. « En effet, comme le dit Laurent (4), celui qui loue son industrie ne repré-

(1) PLANIOL. *Traité élém. de droit civil* 1926, T. II, N° 2232, note 1.

(2) *Ibid.* note 2. C'est ainsi que M. Planiol pense que, par exemple, on ne devrait pas considérer comme des mandataires les employés de chemin de fer qui délivrent les billets.

(3) LAURENT. *Principes de droit civil*, T. 27, p. 382, N° 338.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. *Op. cit.*, N° 363 et *Du Louage* II, N° 1398

GUILLOUARD. *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, p. 345 et 348.

(4) *Principes de droit civil*, même référence que ci-dessus.

« sente pas le maître pour lequel il travaille et qui le paie ; il
« ne peut ni stipuler ni promettre pour lui. Ce serait une pro-
« messe ou une stipulation pour autrui ; or il est de principe
« qu'on ne peut stipuler et s'engager en son propre nom que pour
« soi-même (art. 1119 C. Civ.) ». Pourtant il n'est pas exact de
dire que le mandataire représente toujours le mandant. Si la
double condition que nous avons posée pour qu'il y ait repré-
sentation quand le mandataire agit en son nom ne se trouve pas
remplie, la représentation n'aura pas lieu mais cela ne veut pas
dire que le mandat disparaîtra de ce fait. Ainsi la convention
de prête-nom ne détruit nullement le contrat de mandat dans
lequel elle trouve son origine. Et pour donner un exemple plus
courant en matière commerciale nous pouvons citer le contrat
de commission qui est encore un mandat bien que le tiers con-
tractant avec le commissionnaire ignore la personne pour la-
quelle celui-ci agit et que par suite les effets du marché conclu
se produisent en la personne même de ce commissionnaire. Voi-
là donc deux cas où il y a mandat sans présentation (1).

Par conséquent, des deux critères (2) que nous venons
de définir, le second n'est que partiellement exact. C'est pour-

(1) A ce sujet, MM. COLIN et CAPITANT (*op. cit.* T. II, p. 704), disent que si la représentation est un caractère ordinaire du mandat, ce n'en est pas le caractère essentiel.

De même encore PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*. Thèse Caen 1897, p. 277 et s., notamment p. 296 et 297 : « La représentation est devenue de la nature du mandat, « mais de là à conclure qu'elle est devenue de son essence. Il y a loin ».

(4) Il est visible d'ailleurs que le critérium « représentation » implique dans une certaine mesure le critérium « acte juridique », puisque la notion de représentation ne saurait s'appliquer à des actes matériels.

quoi nous lui préférons le premier. Il est à noter que certains auteurs les ont adoptés cumulativement (1).

Un troisième mode de distinction du mandat et du louage de services a été proposé par MM. Colin et Capitant (2) (op. cit. Tome 2, page 707). Ces auteurs enseignent que le louage de services implique subordination du loueur de services tandis que le mandataire conserve son indépendance, la liberté de conclure comme il l'entend l'affaire dont il est chargé. De plus le louage de services absorbe ordinairement toute l'activité du loueur alors que le mandat ne vise qu'un ou plusieurs actes déterminés. Nous ne saurions méconnaître qu'en général ces observations sont justes au point de vue pratique et nous aurons de plus l'occasion de les voir en parfaite harmonie avec notre conception du contrat de gérance.

Cependant il ne faudrait pas en exagérer la portée. Il est vrai que le louage de services implique toujours subordination et c'est précisément ce caractère qui permet de le distinguer du louage d'ouvrages mais il est des cas où le mandataire dépend du mandant, où il doit suivre exactement ses directives. Si par exemple, je charge un notaire d'acheter pour mon compte tel immeuble, à tel prix et à telles conditions, ce notaire est bien mon mandataire et pourtant du fait même qu'il doit suivre ponctuellement mes instructions, il a perdu toute indépendance.

(1) AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*. Tome 6, p. 154 et 155.

(2) A la vérité, la même idée avait déjà été mise en avant par M. Frey dans un article sur les représentants de commerce. *Annales de droit commercial*. Année 1889, p. 197 et s.

dans l'accomplissement de sa mission. De même M. Lalou (op. cit. n° 492) présente le directeur d'une société anonyme comme un mandataire subordonné à son mandant qui est le Conseil d'administration.

Au surplus, ce qui montre bien que la notion de subordination n'est pas en cette matière, un critérium absolument sûr c'est que cette notion sert également à distinguer le préposé (1). Or le préposé peut être aussi bien un mandataire qu'un loueur de services.

Enfin l'idée de subordination ne nous semble pas suffisamment précise pour jouer le rôle qu'on lui attribue. La subordination comporte des nuances ; ce n'est pas une notion bien déterminée. Par suite il pourra arriver que le rapport de droit à analyser présente ce caractère aux yeux de certains alors que d'autres estimeront qu'il n'en est rien.

Cette difficulté n'existe pas si l'on distingue, comme nous le faisons, le mandat du louage de services par la différence de nature des actes accomplis dans chaque contrat : un acte juridique ne saurait être confondu avec un acte matériel. Le critérium que nous avons adopté ci-dessus présente donc cet avantage qu'il est d'une application très facile.

Telles sont brièvement résumées les idées qui nous serviront de directives dans les sections suivantes. Passons maintenant à leur application.

(1) Certains auteurs croient même qu'elle y suffit à elle seule (Lalou op. cit. N° 489).

SECTION II

CAS GÉNÉRAL DU GERANT DU PROPRIÉTAIRE D'UN FONDS DE COMMERCE

§ 1. — *Le contrat de gérance tient à la fois du contrat de travail et du mandat.*

Nous avons, dans notre introduction, décrit le rôle du gérant choisi par le propriétaire d'un fonds de commerce. Nous avons vu que le plus souvent il accomplit des actes juridiques et des actes matériels, des actes juridiques lorsqu'il passe des marchés avec les fournisseurs ou détaille les marchandises à la clientèle, ou encore lorsqu'il engage des employés, des actes matériels lorsqu'il s'occupe des mille travaux manuels que nécessite l'ouverture quotidienne d'une boutique bien tenue, ou même lorsqu'il surveille le personnel. Il en résulte donc que dans le premier cas nous dirons qu'il se comporte comme un mandataire et dans le second comme un loueur de services. Le contrat qui le lie au propriétaire du fonds procède à la fois du mandat et du contrat de travail, dans de nombreux cas.

On a soutenu, il est vrai, que ce système était par trop simpliste, qu'il évitait la difficulté plutôt qu'il ne la résolvait (Cre-

mieu. Article paru dans les *Annales de Droit Commercial*. Année 1909, p. 474. De la gérance d'une entreprise commerciale). D'autres auteurs ont vu là une juste appréciation des choses. « Les préposés, disent MM. Lyon-Caen et Renault « (op. cit., tome II, n° 520), sont le plus souvent à la fois « chargés de faire des opérations commerciales et des « actes n'ayant aucun caractère juridique. Il semble donc juste « de dire que le contrat qui intervient entre le patron et le pré- « posé tient tout à la fois du mandat et du louage de services. « Quand les règles de ces deux contrats diffèrent le seul « moyen de résoudre le conflit consiste à rechercher d'après « les circonstances et les usages du commerce lesquels doi- « vent prévaloir ».

En ce qui nous concerne nous n'hésitons pas à partager cette dernière façon de voir. La jurisprudence l'a, en outre adoptée à plusieurs reprises, notamment au sujet d'un agent d'une Compagnie d'assurances. (Req. 16 avril 1907. D. P. 1907 1.445) et d'un garçon de recettes (Civ. 24 juillet 1900 S. 1901. 1. 9). Au pied de ce dernier arrêt se trouve une note de M. Tissier qui écrit : « Il peut arriver qu'un préposé reçoive « un mandat, qu'il soit chargé d'actes juridiques à passer au « nom du préposant, mais en tant que préposé, il n'est p. « mandataire ».

M. Crémieu, dans l'article précité, prétend également que la conception qui précède est de nature à soulever en pratique des difficultés considérables. Il écrit à ce sujet : « Quand fau- « dra-t-il appliquer les règles du mandat, quand faudra-t-il

« appliquer les règles du louage de services ? Cette incertitude sera une cause de discussions constantes entre le patron et son préposé et une cause d'insécurité pour les tiers qui ne sauront jamais à quoi s'en tenir sur la qualité de leur co-contractant. Le préposé-gérant doit avoir une condition juridique uniforme et stable et pour cela il est nécessaire de reconnaître au contrat de préposition une unité juridique : ce contrat doit être un mandat ou un louage de services. Mais il ne saurait être tout à la fois l'un et l'autre ». Dans le but de réaliser cette unité, désirable peut-être, mais à coup sûr impossible, l'auteur dont nous parlons, après avoir examiné les solutions consacrées en droit allemand, après avoir dit que les services d'ordre intellectuel demandés au gérant entraînent nécessairement pour lui la faculté de représenter son patron, enfin après avoir fait appel à la théorie de l'accessoire en vertu de laquelle la qualité de mandataire serait absorbée par celle de loueur de services, se prononce en faveur du louage de services : « La qualité principale est donc celle de locateur de services ; en conséquence c'est elle qui doit dominer et communiquer sa nature au contrat tout entier ».

Cette réduction nous semble impossible parce que nous avons déjà dit que le loueur de services n'a pas le pouvoir de représenter son maître. Il s'engage personnellement s'il contracte avec des tiers. Or que recherche-t-on ? Que les effets des actes du gérant se produisent en la personne de son patron. Pour arriver à un tel résultat il faut doubler le contrat de travail

d'un mandat (1). Nous avons, il est vrai, observé précédemment que le mandataire ne représente pas toujours le mandant. Si cependant le gérant agit au nom du propriétaire du fonds, toute difficulté à ce sujet disparaîtra ; il en serait encore de même si, agissant en son propre nom, il prenait toujours la précaution d'avertir les tiers de la situation, pour qu'il n'y ait pas d'équivoque.

Au lieu de travailler à cette réduction impraticable ne vaudrait-il pas mieux tenter de préciser le domaine d'application du mandat et celui du louage de services ? Cette tâche nous est facilitée par ce qui précède. Dire que le gérant qui accomplit un acte juridique devient mandataire de son patron, n'est-ce pas dire que cette qualité peut lui être attribuée à chaque fois qu'il contracte avec des tiers ? Si l'on veut bien admettre que le gérant qui passe une commande à un fournisseur devient à cette occasion mandataire du propriétaire du fonds, il n'y aura plus aucun obstacle à ce que les **effets de cet acte** se produisent en la personne de celui-ci. A ce moment, le gérant loueur de services se double d'un autre personnage. Aucune contestation ne peut alors surgir entre le patron et son préposé qui savent que les obligations leur incombant respectivement dans ce cas sont celles du mandant et du mandataire. De plus

(1) La représentation du patron pourrait également être assurée par l'application des principes de la gestion d'affaires. Mais le plus souvent il ne sera pas utile de recourir à cette théorie parce que les actes du gérant du fonds pourront être considérés comme l'accomplissement d'un mandat tacite. S'il ne pouvait en être ainsi en raison de ce que ces actes sont en dehors des pouvoirs du gérant et si, d'autre part, ils étaient acceptés par le patron, on serait de nouveau conduit au mandat parce que « *Ratihabitio mandato aequiparatur* ».

les tiers ne peuvent se plaindre de l'incertitude de la situation. En effet de deux choses l'une : ou le gérant a agi au nom de son patron et alors le mandat et la représentation étant visibles ils ne pouvaient compter sur sa responsabilité, ou le gérant leur a laissé ignorer sa qualité et dans ce cas, il devient prête-nom, les tiers pourront le poursuivre personnellement. Les mêmes observations pourraient être répétées pour tout autre rapport contractuel ainsi pour la conclusion de l'engagement d'un employé.

Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque le gérant s'obligera envers les tiers en dehors de tout contrat (par ses délits ou ses quasi-délits) lorsqu'il s'agira de déterminer les conditions de capacité des parties contractantes et d'une façon générale dans les rapports de toute nature entre le gérant et le propriétaire du fonds (sauf bien entendu ceux que nous avons indiqués ci-dessus) les règles du louage de services trouveront leur application. Par exemple le gérant bénéficiera de l'art. 1780 C. Civ. à l'occasion de la rupture intempestive de son contrat à durée indéterminée, sa rémunération ne sera susceptible d'aucune réduction et sera privilégiée en cas de faillite du patron, dans la mesure donnée par les textes, la loi sur les accidents du travail lui sera applicable, etc....

Ainsi donc, le gérant sera très souvent considéré comme loueur de services et c'est à ce titre qu'il sera payé. Son contrat lui confèrera cette qualité à titre permanent et par suite elle jouera un rôle décisif dans la fixation de sa condition. Cependant la notion de mandat doit subsister et apparaître à chaque

fois que le gérant contracte avec les tiers. Et c'est ainsi que nous vérifions l'exactitude des observations de MM. Colin et Capitant : le louage de services absorbe toute l'activité du loueur alors que le mandat vise un ou une série d'actes déterminés. Adaptant cette idée à notre matière nous pouvons dire : le gérant exerce à la fois un véritable métier et une fonction intermittente qui en est le corollaire.

§ 2. — *Le contrat de gérance n'est pas un mandat pur.*

Nous venons de voir que, quelle que soit l'importance de la notion de louage de services, la notion de mandat ne saurait être éliminée parce qu'elle a un rôle propre à remplir. Mais peut-elle subsister seule ? Nous ne le croyons pas (1). En effet, si dans le cas général qui nous occupe, la première notion ne peut chasser la seconde, celle-ci peut encore bien moins chasser la première. Mettons-nous, en effet, à la place du gérant. Le but qu'il poursuit en contractant avec un propriétaire de fonds est de s'assurer une rémunération qui lui donne les moyens de subsistance indispensables, par suite les conventions liant les parties contiendront nécessairement fixation d'un salaire dont la nature peut être variable, nous le verrons plus loin. Or il y a là un élément essentiel du contrat de louage de services alors qu'il n'est qu'accidentel dans le mandat. Nous pouvons donc conclure que le contrat de gérance ne saurait se résoudre en un mandat pur et simple.

(1) L'auteur d'une thèse récente (Ch. Granger, *Gérance et location des fonds de commerce*, Paris 1929) a déclaré le contraire N° 37.

SECTION III

CAS PARTICULIER DES GÉRANTS DES ENTREPRISES A SUCCURSALES MULTIPLES

Nous devons traiter maintenant la dernière des questions que nous nous sommes posées au début de ce chapitre : la gérance peut-elle être un contrat de louage de services pur et simple ? L'exposé qui précède nous permet de répondre immédiatement que pour qu'il en soit ainsi il faut imaginer que le gérant n'accomplisse jamais d'actes juridiques pour le compte de son patron. Il en est ainsi en pratique dans deux cas.

Les sociétés à succursales multiples mettent à la tête de chacune de leurs succursales un employé supérieur dit gérant qui a pour mission de diriger l'établissement auquel il est préposé ; il détaille les marchandises aux consommateurs pour le compte de l'entreprise, à un *prix fixé par celle-ci*. Si nous nous référons à la définition que nous avons donnée du véritable mandataire, celui qui accomplit pour le compte d'autrui un ou une série d'actes juridiques, c'est-à-dire qui prend la résolution nécessaire pour conclure ces actes, qui les veut et les consent, nous devons reconnaître que les gérants dont nous parlons présentement ne sont pas des mandataires. Il ne faudrait pas en chercher la rai-

son dans le fait que si le gérant vend un article à un client, ce n'est pas lui qui contracte avec ce client, mais bien la société à laquelle il appartient, puisqu'il en serait déjà ainsi au cas d'un mandat. La différence est qu'ici sa volonté n'entre nullement en ligne de compte, l'accord sur le prix et sur l'objet étant donné non par lui mais par la société. Il n'est qu'un agent de transmission dont le rôle est comparable à celui du messenger et à celui de l'employé d'une compagnie de chemin de fer que nous citons ci-dessus. Le gérant a très souvent sous ses ordres des vendeurs dont personne ne dira certainement qu'ils sont les mandataires de la société quoiqu'en fait ils soient en contact direct avec la clientèle ; dès lors pourquoi l'admettrait-on pour leur chef ? En ce qui concerne les achats, la question ne se pose même pas : puisqu'il n'a pas à en faire, les marchandises lui étant livrées par la société suivant ses besoins. Du fait que des marchandises et du matériel lui sont confiés, il encourt une responsabilité plus ou moins étendue fixée par son contrat mais il n'y a pas là un élément incompatible avec la notion de louage de services. Il ne manque pas d'employés ayant un rang élevé sur qui pèsent parfois de très lourdes responsabilités.

Nous avons, dans la section précédente, raisonné sur le cas général, du gérant d'un propriétaire de fonds mais il va sans dire que ce propriétaire au lieu d'attribuer à son gérant les pouvoirs que nous lui avons supposés, pourrait se contenter de lui réserver un rôle analogue à celui du gérant de succursale.

Telles sont les circonstances où le contrat de gérance se réduit à un contrat de louage de services pur et simple. Ici encore

nous retrouvons dans toute sa netteté la caractéristique du loueur de services mise en relief par MM. Colin et Capitant : il consacre toute son activité à son patron.

On nous objectera peut-être qu'il ne s'agit plus vraiment de gérance (dans le sens administration réelle d'un fonds de commerce). Mais nous avons indiqué dans notre introduction la portée plus large que nous attribuons au mot gérant (1). D'ailleurs, en fait, les préposés mis à la tête de succursales et ceux qui dirigent une entreprise particulière portent couramment et indistinctement le nom de « gérants » à l'exclusion de tout autre et les auteurs n'hésitent pas à les qualifier de même (Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Des contrats aléatoires. Du mandat* etc., p. 182 et Frey op. cit., p. 197).

Arrivés au terme de cette analyse, il nous est facile de définir juridiquement le gérant de fonds de commerce.

Ou bien il aura les pouvoirs d'un administrateur du fonds c'est-à-dire qu'il fera des actes juridiques plus ou moins nombreux suivant l'importance de ses prérogatives et dans ce cas nous dirons que c'est un loueur de services et un mandataire, la première qualité primant la seconde.

Ou bien il n'aura aucune fonction juridique à remplir et ce sera un loueur de services ordinaire.

(1) C'est probablement en raison de l'acception moins large qu'il donne au mot « gérant » que GRANGER (*op. cit.* N° 38) affirme que la gérance ne saurait être un louage de services pur et simple.

SECTION IV

NATURE COMMERCIALE OU CIVILÉ DU CONTRAT DE GARANTIE

La mise en gérance d'un fonds de commerce est-elle un acte civil ou commercial ?

Pour répondre à cette question connexe aux précédentes et qui trouve ainsi sa place à la fin de ce chapitre il faut distinguer :

A l'égard du gérant, il s'agit d'un acte civil parce que le contrat de louage de services a, en principe, ce caractère (1). En effet la prestation de services ne constitue pas une entreprise et par suite la personne qui loue ses services ne fait pas acte de commerce. Peu importe qu'elle contracte avec un commerçant. Dans cette hypothèse l'acte en question est un acte mixte, civil pour le *locator operarum*, commercial pour son co-contractant.

C'est bien ainsi que les choses se passent en matière de gérance. Pour le montrer, il nous suffit maintenant d'établir que celui qui prend un gérant fait toujours acte commercial.

1°. — S'il est commerçant au moment de la signature du contrat il accomplit un acte de commerce en vertu de la théo-

(1) Il en est de même pour le mandat.

rie de l'accessoire parce que cet acte se rattache étroitement à l'exploitation de son fonds. Pour le patron le contrat de gérance est de nature commerciale au même titre que l'engagement d'un commis ordinaire. Dans l'un et l'autre cas il agit dans l'intérêt de son commerce. Ainsi l'on peut relever dans un arrêt du 24 novembre 1903 : (Civ. 24 novembre 1903 S. 1904, 1. 80).

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le sieur M... « avait loué les services du sieur K... dans l'intérêt de son « commerce. Attendu que par suite ce contrat était commer- « cial à l'égard du sieur M... ».

2°. — Il peut se présenter par ailleurs que le propriétaire d'un fonds de commerce ne soit pas commerçant et désire faire exploiter ce fonds par un gérant. Ce sera par exemple le cas d'un fonctionnaire à qui il échoit, par héritage, un fonds qu'il ne juge pas opportun de vendre. La théorie de l'accessoire ne peut être appliquée à cette hypothèse, mais ici encore la mise en gérance est commerciale pour le propriétaire du fonds. En effet celui-ci n'est pas encore commerçant mais il va le devenir : lorsque son gérant sera en fonctions, les actes de commerce accomplis quotidiennement seront censés avoir été faits par le patron (nous reviendrons d'ailleurs au chapitre IV sur cette idée que le propriétaire du fonds en gérance est commerçant alors que le gérant ne l'est pas). Dans ces conditions, on ne peut admettre que la signature du contrat de gérance constitue le premier acte commercial du propriétaire du fonds. Et cette solution nous paraît d'autant plus justifiée que l'on reconnaît

en général le caractère commercial à la vente et l'achat d'un fonds de commerce (Boutaud et Chabrol. *Traité général des fonds de commerce*, n° 124).

En résumé, le contrat de gérance est toujours un acte civil pour le gérant et commercial pour le patron ; c'est un acte mixte. Nous ne croyons pas utile d'insister quant à présent sur l'utilité de ce que nous venons d'établir. Qu'il nous suffise de dire que l'intérêt des observations qui précèdent apparaîtra au chapitre suivant à propos des conditions de fond de la mise en gérance et davantage encore lorsque nous déterminerons au chapitre IV les Tribunaux compétents pour connaître des litiges entre patron et gérant.

Chapitre III

CONDITIONS ET PRELIMINAIRES DE LA MISE EN GERANCE

Les différentes questions qui se posent à propos des conditions de la mise en gérance des fonds de commerce se répartissent naturellement en deux catégories. C'est pourquoi, suivant la méthode consacrée par l'usage, nous étudierons dans une première section les conditions de fond qui doivent être remplies pour que le contrat de gérance soit à l'abri de toute critique et nous examinerons, dans une deuxième section, si certaines conditions de forme (écrit, publicité), sont nécessaires pour servir de preuves entre les parties ou pour rendre le contrat opposable aux tiers.

Les préliminaires de la mise en gérance (inventaire, cautionnement), feront l'objet de la troisième section de ce chapitre.

SECTION I

CONDITIONS DE FOND

§ 1. — *En la personne du gérant.*

Il suffit d'appliquer en notre matière les principes généraux relatifs à la validité des contrats : consentement, capacité des parties, etc... A ce dernier point de vue insistons en particulier sur le cas du mineur et de la femme mariée. Dans quelles conditions pourront-ils devenir gérants ?

Nous avons déjà noté dans notre introduction et nous aurons l'occasion de répéter dans le chapitre suivant que le gérant salarié n'est pas commerçant. Par conséquent, les deux incapables dont il s'agit n'ont pas à être habilités pour faire le commerce. D'autre part l'analyse que nous avons fait du contrat de gérance nous a conduit à dire que les règles relatives à la capacité du gérant étaient celles relatives à la capacité de celui qui loue ses services. Ce sont les suivantes, de droit commun :

1°. — *Mineur.* Il doit obtenir l'autorisation de son père ou de son tuteur parce qu'il n'a pas la capacité pour accomplir un acte quelconque de la vie civile (Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Du Louage* II, p. 18). D'autres auteurs justifient la nécessité de l'autorisation en disant qu'il s'agit d'un acte dont

les conséquences pécuniaires et morales ne peuvent être appréciées par le mineur, qui par suite, même émancipé, devra obtenir l'autorisation de son curateur (Guillouard. *Du Louage* II, N° 702. Pic. *Législation industrielle* 5° éd. N° 922).

Il est à remarquer, en outre, que même dans les deux premiers cas (autorisation du père ou du tuteur), il n'y a pas représentation parce qu'il s'agit de l'engagement de la personne même de l'incapable. Ces autorisations peuvent d'ailleurs être simplement tacites (1).

2°. — *Femme mariée.* L'autorisation de son mari (qui peut également être tacite) lui est nécessaire, conformément aux principes généraux. Si le mari se refuse à la donner elle pourra l'obtenir en justice (art. 219 C. Civ.) (2). Certains auteurs l'ont contesté (Guillouard op. cit. N° 702) en faisant valoir que l'engagement de la femme mettait en jeu ses intérêts moraux dont le mari est le seul juge. Ces observations, déjà discutables dans tous les cas, n'ont aucune portée en notre matière. Si une femme mariée désire devenir gérante d'un fonds de commerce, il ne nous semble pas douteux que le Tribunal puisse apprécier le refus d'autorisation du mari et au besoin accorder

(1) Sur ces questions V. FEUILLET. *Thèse Lille 1912. Les conséquences juridiques de la minorité en matière de contrat de travail.*

(2) En ce sens, BAUDRY LACANTINERIE ET WAHL. *Op. cit.*, p. 20 et Pic. *Op. cit.* N° 923

cette autorisation, alors surtout que, depuis la loi du 13 juillet 1907, elle a la libre disposition de son salaire (1).

§ II. — *En la personne de celui qui met en gérance.*

Il n'est certainement pas indispensable d'être propriétaire d'un fonds pour le mettre en gérance. En principe, un administrateur du fonds le peut également puisqu'il ne s'agit nullement d'un acte d'aliénation mais simplement d'un nouveau mode d'exploitation. On peut même dire que le pouvoir d'administrer le fonds est une condition nécessaire et presque toujours suffisante pour le mettre en gérance. Nécessaire, car nous allons voir différents cas où le propriétaire du fonds ne le peut ou dans lequel cette faculté est soumise à certaines conditions. Presque toujours suffisante ainsi que nous nous en rendrons compte en examinant ensuite la mise en gérance par des personnes qui n'ont que l'administration du fonds.

A. — Propriétaires du fonds.

1°. — *Failli propriétaire d'un fonds.* A supposer que par application de l'art. 470 du Code de Commerce, l'exploitation du fonds soit continuée le failli, qui en est pourtant bien

(1) Il est intéressant de remarquer que si l'on considère, au moins dans certains cas, le contrat de gérance comme un mandat, on est conduit ici à des solutions sensiblement différentes à la fois pour le mineur et la femme mariée. En effet un incapable quelconque (femme mariée non autorisée ou mineur non émancipé) peuvent être mandataires (art. 1990 C. Civ). Le Tribun Tarrille justifiait cette faculté qu'ont les incapables d'accepter un mandat en usant d'une métaphore souvent citée : « que le mandat ait été donné à un mineur ou à un majeur, à une femme mariée ou à un homme jouissant de la plénitude de ses droits civils la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice et la transaction relativement au commettant seul intéressé à toute la solidité dont elle est susceptible (Rapport au Tribunat, Fenet XIV, p. 595 et 596).

resté propriétaire, ne peut prendre un gérant en raison du dessaisissement de l'administration de ses biens dont il est l'objet.

2°. — *Mineur.* — a) Eliminons d'abord l'hypothèse où le mineur âgé de 18 ans au moins est propriétaire d'un fonds. Cette qualité ne le rend pas commerçant mais il lui sera possible de faire le commerce à la condition qu'il soit émancipé et qu'il obtienne l'autorisation nécessaire (Art. 487 C. Civ. et Art. 2 C. Com.). Or, nous savons que le fait de conclure un contrat de gérance constitue pour celui qui met en gérance un acte de commerce. Par conséquent, s'il remplit les conditions ci-dessus, il pourra le faire.

b). — Un deuxième cas est assez fréquent ; un fonds de commerce échoit à un mineur de 18 ans qui a ou à qui il va être nommé un tuteur. Ce mineur pourra-t-il par représentation de son tuteur mettre ce fonds en gérance ? Oui, si le tuteur peut exploiter le fonds, non dans le cas contraire.

Un arrêt de la cour d'Alger (4 avril 1891 — S. 92 . 2 . 16) a décidé que le tuteur peut être autorisé exceptionnellement dans l'intérêt du mineur à continuer le commerce des père et mère de celui-ci. Mais cette solution a été critiquée par la doctrine notamment M. Pic (*Annales de droit commercial* 1892 — 2^e Partie p. 217) qui dit à ce sujet : « Il est contestable qu'un tuteur puisse être régulièrement admis à continuer dans l'intérêt du mineur le commerce de ses parents la loi française n'ayant formulé à cet égard aucune disposition explicite. En n'autorisant à faire le commerce que le mineur émancipé, le législateur a clairement indiqué que dans sa

« pensée l'exercice d'un commerce était chose essentiellement « personnelle et non susceptible de délégation ». Les autres auteurs (Thaller et Percerou. *Traité élém. de droit commercial* 6^e éd. N^o 182, Lyon-Caen et Renault op. cit. Tome T, I, N^o 221 bis) constatant que notre code ne prévoit pas ce cas (1) en concluent que le tuteur ne peut exploiter le fonds pour le compte du mineur. Nous pouvons donc dire, en nous basant sur ces opinions autorisées que le fonds appartenant à un mineur dans la présente hypothèse n'est pas susceptible de gérance salariée.

Si la continuation de l'exploitation apparaît indispensable, il faudra recourir à un bail du fonds mais cela présente des inconvénients signalés plus haut. Aussi, il arrive souvent que les représentants du mineur administrent l'établissement comme à titre provisoire en faisant semblant de le liquider (2). Situation qui peut passer inaperçue mais qui ne permettrait certainement pas la mise en gérance.

c) Supposons enfin, ce qui est rare, qu'un enfant légitime ayant ses père et mère possède un patrimoine comprenant un fonds de commerce. Dans le cas normal, son père sera l'administrateur légal de ses biens. Nous ne croyons pas qu'ici, le fonds puisse davantage être mis en gérance que précédemment.

(1) Certains codes étrangers contiennent des dispositions permettant au père ou au tuteur de continuer l'exercice du commerce recueilli dans une succession moyennant autorisation du Tribunal ou délibération du Conseil de famille dûment promulguée. (Loi belge du 15 décembre 1872 Art. 8, Code italien, art. 12. Code roumain, art. 13).

(2) M. THALLER a consacré à la question un article dans *les Annales de droit. Commercial*. Année 1894, p. 241.

En effet la loi du 6 avril 1910 établit une sorte de parallèle entre les pouvoirs du tuteur et ceux de l'administrateur légal l'alinéa 6 de l'art. 389 C. Civ. est ainsi conçu : « Il (l'administrateur légal) accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille et, avec l'autorisation du Tribunal statuant comme il vient d'être dit, les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation ». Puisque nous venons de dire que le tuteur ne peut exploiter pour le compte du mineur un fonds de commerce appartenant, l'administrateur légal ne le pourra pas davantage et, par suite, il ne pourra pas non plus prendre un gérant salarié. Mais il est le plus souvent usufruitier du fonds et nous verrons que cette qualité le lui permet, en son nom personnel.

B. — Administrateurs du fonds.

1°. — Nous avons rappelé qu'en vertu de l'art. 470 C. Com. l'exploitation du fonds de commerce appartenant au failli peut être continuée à la diligence du syndic sur autorisation du juge commissaire. Il arrive souvent en fait que le syndic se substitue le failli lui-même dans cette gestion, mais il n'est pas douteux qu'il puisse charger, un proposé, un gérant de ce soin (Thaller et Percerou op. cit. p. 1.053).

2°. — Il arrive qu'au décès de son époux le conjoint survivant administre provisoirement le fonds ayant fait partie de la communauté (Req. 27 janvier 1926 D.P. 27. 1. 69 et la note de M. Nast sur la répartition des bénéfices dans ce cas). Il n'en est pas propriétaire puisque l'indivision subsiste jusqu'au

partage définitif ; nous ne voyons cependant pas d'obstacle à ce qu'il puisse mettre ce fonds en gérance pendant la période transitoire de l'indivision.

3°. — Une personne peut n'avoir que l'usufruit d'un fonds de commerce. Ainsi le conjoint survivant a sur les biens de l'époux prédécédé qui peuvent comprendre un fonds de commerce, un droit d'usufruit de $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{4}$ (loi du 9 mars 1891 art. 767 C. Civ.) ; de même celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle a sur les biens de son enfant mineur jusqu'à l'âge de 18 ans ou jusqu'à l'émancipation un droit de jouissance légale (art. 384) qui est en réalité un usufruit soumis à certaines règles particulières, à raison de sa destination.

Du fait que la jurisprudence considère aujourd'hui que l'usufruit d'un fonds de commerce n'est pas un quasi-usufruit qui permettrait à l'usufruitier de vendre le fonds à charge d'en rembourser la valeur à la fin de l'usufruit mais bien un usufruit ordinaire, il y a obligation pour l'usufruitier de continuer l'exploitation commerciale du fonds ; autrement le nu-propriétaire serait frustré car à l'expiration l'achalandage aurait disparu (Colin et Capitant op. cit. t. p. 798). Pour remplir cette obligation l'usufruitier peut s'assurer le concours d'un gérant puisque son droit comporte non seulement celui de jouir du fonds (art. 582 C. Civ) ce qui lui permet de le donner à bail de même qu'il donnerait à bail un immeuble, mais encore d'en user en exploitant le fonds par lui-même ou par l'intermédiaire d'un gérant salarié.

4°. — Le gérant peut-il lui-même mettre en gérance le fonds qui lui est confié ? Il faut distinguer :

a) S'il s'agit d'un locataire du fonds, il peut à notre sens prendre un gérant salarié de la même façon qu'il pourrait céder le bail du fonds dont il est titulaire ou sous louer ce fonds (sauf convention contraire). Il arrive d'ailleurs fréquemment, à l'heure actuelle, que ce second procédé soit utilisé quand le gérant primitif a signé un contrat de gérance-vente. On peut dire que très souvent cette dernière combinaison est appliquée à des fonds dont l'exploitation est sinon déficitaire, du moins peu rémunératrice. Que se passe-t-il ? Le gérant libre se rend compte qu'il a fait une mauvaise affaire (il a versé un cautionnement qu'il lui sera peut-être impossible de récupérer s'il ne réalise pas la promesse de vente et il doit acquitter une redevance périodique supérieure parfois aux profits) et il va essayer de s'en tirer en se substituant un autre gérant libre.

b) S'il s'agit au contraire d'un gérant salarié il ne peut certainement pas se substituer un autre gérant libre ou salarié. En effet le contrat de gérance a été conclu *intuitu personae* par le propriétaire du fonds qui a envisagé les aptitudes personnelles de son gérant et qui par suite ne peut accepter de le voir remplacé par un autre dans l'exécution de ses engagements (art 1.237 C. Civ.).

Notons qu'il doit en être ainsi non seulement si l'on considère comme nous que le contrat de gérance est un contrat de louage de services nuancé de mandat mais encore si l'on estime

qu'il s'agit d'un mandat salarié. En effet, si le Code Civil pose en principe (art. 1.994, 1^o al.) que le mandataire peut se substituer un tiers il faut admettre qu'il n'en est plus ainsi quand le mandat est salarié et ce pour les mêmes raisons que ci-dessus.

Bien entendu, la substitution peut-être prévue par le contrat. Cette clause n'est d'ailleurs pas courante et ne se comprend guère que si elle comporte désignation de personne.

Ainsi donc si l'on considère le gérant comme un administrateur du fonds on voit qu'il fait exception à la règle que nous avons donnée et aux termes de laquelle cette qualité est suffisante pour autoriser la mise en gérance.

5°. — Supposons enfin qu'une femme mariée exploite avec l'autorisation de son mari un fonds de commerce qui soit un bien commun ordinaire ou un bien réservé qui fasse cependant partie de la communauté. Cette femme n'est pas propriétaire du fonds mais on peut dire qu'elle en a l'administration (1). Elle pourra prendre un gérant salarié, dans les deux cas sans autorisation de son mari, ce qui se justifie par un argument que nous avons déjà invoqué à propos du mineur habile à faire le commerce : le fait de conclure un contrat de gérance est pour celui qui met en gérance un acte de commerce que, par définition, la femme mariée dont nous parlons peut faire librement. D'ailleurs s'il s'agit d'un bien réservé faisant partie de la communauté on pourrait encore à la rigueur raisonner comme suit : l'art. 1^{er} de la loi du 13 juillet 1907 lui donne la

(1) En qualité de mandataire de son mari dans le premier cas.

libre disposition à titre onéreux d'un tel bien ; qui peut le plus peut le moins, elle peut d'elle-même mettre le fonds en gérance.

§ III. — *Le propriétaire de l'immeuble où se trouve le fonds de commerce n'a-t-il jamais à intervenir dans la mise en gérance ?*

On peut dire que dans la grande majorité des cas et surtout dans les agglomérations urbaines les locaux où est exploité un fonds de commerce se trouvent dans un immeuble qui n'appartient pas à celui qui désire mettre ce fonds en gérance. Si d'autre part on observe que la plupart des baux contiennent une clause prohibitive ou restrictive de cession et sous location on est en droit de se demander si le propriétaire de l'immeuble n'a pas à intervenir dans une opération qui apparemment du moins va substituer au preneur une tierce personne qui dorénavant occupera les lieux loués .

Le principe est que le bailleur ne peut s'opposer à une mise en gérance si du moins elle ne masque pas une cession de bail prohibée (Ainsi v. Civ. 5 mars 28 Rec. Gaz Pal. 1928. 1176. Sem. p. 776 et Trib. Civ. de la Seine, 2 février 1928. Gaz. Pal. 27 février 1928) et il est bien évident qu'il en est ainsi lorsqu'il s'agit d'un véritable contrat de gérance salariée de la nature de celui que nous étudions. Cette solution se comprend aisément puisque le titulaire du bail reste le même et qu'en réalité il n'y a ni cession ni sous location. Au contraire si le contrat de gérance est une cession déguisée (par exemple un contrat de gérance-vente) le bailleur, s'il en apporte la preuve,

peut demander et obtenir la résiliation. (Paris, 24 mars 1926. Gaz. Pal. 1926-2-20. Dijon, 27 avril 1929 Rec. Dijon N° 77).

Nous allons pourtant voir un premier cas où le bailleur est en droit de critiquer une mise en gérance et un second où son intervention sera nécessaire dans une certaine mesure.

1°. — Le loyer ne consiste pas toujours en une somme fixe ou dont les variations sont déterminées d'avance. Il arrive parfois que le prix du bail est stipulé payable moyennant un pourcentage prélevé sur les bénéfices nets de l'exploitation. Un tel contrat devant être considéré comme formé *intuitu personae*, il est logique de reconnaître au propriétaire de l'immeuble le droit de s'opposer à une mise en gérance parce qu'il peut douter des aptitudes du gérant et craindre que son loyer ne diminue sensiblement. Dans une espèce voisine la Cour de Rennes (22 déc. 1927 Rec. Rennes 1928 N° 3) a déclaré qu'une vente du fonds faite dans ces conditions n'était pas opposable au bailleur et a prononcé la résiliation au profit de ce dernier.

2°. — Il n'est pas rare que le propriétaire du fonds soit logé dans un local situé dans le même immeuble que celui où se trouve la boutique. On peut même dire que c'est la règle à Paris. Son bail comprendra parfois tous les lieux loués mais le plus souvent il ne visera que les locaux commerciaux alors qu'un engagement de location ou un autre bail distinct aura été établi pour le local d'habitation (en raison des règles législatives distinctes qui s'appliquent à chaque catégorie de locaux). Le commerçant qui projette de se substituer un gérant peut avoir l'in-

tention de le loger dans l'appartement qu'il occupait lui-même. Il y aura, alors, en quelque sorte sous location dont le gérant paiera le prix par ses services. Le bailleur peut-il s'opposer à cela ?

La règle posée par l'art. 1.717, 1^{er} al. C. Civ. ne le lui permet pas en principe. En fait nous avons dit que presque tous les baux contenaient une clause prohibitive ou restrictive de sous-location ou de cession de bail ou le plus souvent des deux. Mais nous ne pensons pas que ce soit toujours une entrave.

Des clauses en question sont variables : elles vont de l'interdiction pure et simple de sous-louer à une formule plus libérale et plus courante telle que celle-ci : « Le preneur ne pourra
« céder son droit au bail ou sous-louer sans le consentement
« exprès et par écrit du bailleur si ce n'est à son successeur
« dans le même commerce, lequel devra être présenté à l'agrément du bailleur pour que celui-ci puisse s'assurer de sa moralité et de sa solvabilité ».

Elles ont pour effet dans notre hypothèse d'obliger le propriétaire du fonds à demander au bailleur l'autorisation d'installer le gérant dans le logement qu'il occupait. En cas de refus, celui qui veut mettre en gérance saisira le Tribunal civil du différend car il n'est pas douteux que le juge du fond est toujours compétent pour interpréter les conventions des parties

à condition de ne pas les dénaturer (1), de même qu'il peut rechercher si le propriétaire n'abuse pas de son droit. La jurisprudence sur ce point est fixée en ce sens que si le bail interdit nettement la sous-location, le refus du propriétaire d'accepter une dérogation à cette clause ne saurait être appréciée par les Tribunaux tandis que s'il ne s'agit que d'une clause simplement restrictive le juge pourra contrôler les motifs du refus (Paris 16 mai 1927 Semaine Juridique 1927 p. 695 — Trib. Civ. de Montpellier 9 juillet 1925, Moniteur jud. Midi 1^{er} octobre 1925 — Paris 10 mai 1928 Gaz. Trib. 14 novembre 1928) — (dans le même sens Josseraud note au DP. 23-2-169).

Nous croyons au contraire avec M. P. Esmein (Semaine juridique 1927 p. 1105 et note sous Req. 31 octobre 1922 S. 24-1-57) qu'il n'y a pas lieu de distinguer et que la théorie de l'abus de droit peut jouer dans un cas comme dans l'autre (2).

Par conséquent l'opposition du bailleur peut toujours être critiquée alors surtout que le preneur a un motif vraiment sérieux de sous-louer. D'ailleurs, comme l'a dit Pothier (IV Louage ED. Bugnet p. 100) « pourquoi refuser ce qui sans nous « causer aucun préjudice peut faire plaisir au prochain ? ».

Enfin, si la clause ne vise que la cession de bail (3), le propriétaire du fonds est absolument libre car elle ne saurait s'ap-

(1) Jurisprudence constante : Req. 9 novembre 1909 D. P. 1911. 1. 462. Req. 30 janvier 1911 D. P. 1911. 1. 48. etc...

(2) V. encore SAVATIER. *Chronique* au D. H. 1928, p. 29. *L'Interdiction de sous-louer ou de céder le bail, ses divers degrés, ses effets.*

(3) Les clauses usuelles mettent sur le même pied la cession et la sous-location.

pliquer à la sous-location (En ce sens Planiol (1) op. cit. II N° 1.752 et Civ. 18 mai 1925 S. 26-1-200 — Paris 18 mars 1892 D.P. 1892-2-521 — Trib. Civ. de Narbonne 24 décembre 1925 D. H. 1926 p. 143 et Trib. Civ. de Montpellier 14 décembre 1927 Mon. Jud. du Midi 15 juin 1928) (Contra Baudry-Lacantinerie et Wahl *Du Louage* I N° 1.092 et P. Esmein. *Cession de bail et sous-location*. Revue Trim. de droit civil 1924 p. 267. Ce dernier auteur dit que l'arrêt de 1892 précité est un arrêt d'espèce et donne différentes décisions en sa faveur mais la dernière remonte à 1835).

§ IV. — Règles spéciales à certains fonds.

Tous les fonds peuvent être mis en gérance sauf les fonds de pharmacies. D'autre part la gérance des débits de boisson appelle quelques remarques.

1°. — *Pharmacies*. Depuis longtemps une jurisprudence constante (Civ. 13 août 1888 D. P. 1889.1.279 et les références données en note), décide qu'un particulier qui n'a pas le diplôme de pharmacien ne peut être régulièrement propriétaire d'une pharmacie alors même qu'il la ferait gérer par un individu remplissant les conditions légales. De plus même si le propriétaire d'un fonds de pharmacie est diplômé il ne peut faire gérer ce fonds par un diplômé (Crim. 29 juillet 1915. *Bull. Crim.* 1915). Ainsi donc un fonds de pharmacie ne sau-

(1) M. Planiol pense au contraire que l'interdiction de sous-louer entraîne interdiction de céder le bail. Nous n'avons pas à insister sur ce point qui n'est pas en rapport direct avec notre sujet.

rait en aucune façon être mis en gérance. La gérance et la propriété d'un fonds de pharmacie doivent être réunies dans les mêmes mains (Paris, 17 février 1891 J. des Trib. de commerce. Année 1891, p. 298) (V. de plus Granger op. cit. N° 14, et pour les fonds d'herboristerie-droguerie N° 15).

2°. — *Débts de boisson*. Les débits de boisson peuvent être mis en gérance comme les autres fonds de commerce à la condition que le gérant remplisse les formalités (déclaration analogue à celle qui doit être faite à l'ouverture du débit) prévues par la loi du 9 novembre 1915 (art. 2 et ne soit pas au nombre des personnes à qui il est défendu de tenir un débit (loi précitée, art. 3, 4 et 5).

Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que les débitants parisiens ont pour habitude, non pas de prendre un gérant salarié, mais de donner leur fonds à bail. En raison des conditions particulièrement fatigantes de l'exploitation, ils procèdent ainsi, pour se reposer, tous les deux ou trois ans. C'est même là à notre connaissance la seule application pratique du bail de fonds dont nous avons signalé le peu d'importance dans notre introduction.

SECTION II

CONDITIONS DE FORME

1°. — *Constatation par écrit du contrat.*

Le contrat de gérance n'est soumis à aucune forme. C'est un contrat purement consensuel qui résulte de l'accord des parties. Il n'est donc pas obligatoire qu'elles rédigent un écrit. En fait, un acte sous-seings privés renfermera, le plus souvent leurs conventions :

a) C'est un moyen de preuve en cas de contestations ultérieures.

b) Comme nous le verrons, le gérant verse parfois un cautionnement entre les mains du propriétaire du fonds qui lui consent, à titre de garantie de remboursement, un nantissement sur ce fonds (1). Le nantissement devant être constaté par écrit (art. 10, al. 1^{er}, loi du 17 mars 1909), les parties préfèrent établir un acte qui contienne toutes leurs conventions.

(1) Nous verrons plus loin, qu'en réalité, de tels procédés ne devraient pas être employés puisque la loi a édicté certaines mesures relatives à la garantie des cautionnements.

2°. — *Publicité.*

La mise en gérance des fonds de commerce peut être occulte. Quels seraient donc les moyens de publicité auxquels on pourrait songer en la circonstance ?

Ils sont de deux sortes : inscription sur un registre public, (registre des nantissements, registre du commerce), publication dans un journal d'annonces légales.

Remarquons d'abord que le registre des nantissements tenu aux greffes des Tribunaux de commerce peut être un organe de publicité des gérances dans un cas spécial et d'une façon indirecte. Supposons que le gérant ait versé un cautionnement dont le remboursement lui est garanti par un nantissement sur le fonds. Pour être opposable aux tiers, ce nantissement sera inscrit au greffe du Tribunal. D'autre part, l'art. 24 de la loi de 1909 énumère au nombre des mentions qui doivent figurer sur les bordereaux d'inscription... « la date et la nature du titre constitutif du nantissement ». La personne qui lève un état, pouvant obtenir une copie intégrale des bordereaux sera, par ce moyen, informée de la gérance.

Le contrat de gérance n'est pas assujéti à une mention au registre du commerce parce qu'il n'est pas au nombre des opérations ou des faits qui doivent être publiés d'après l'art. 5 de la loi du 18 mars 1919 (1). De plus, cette loi n'astreint à

(1) Nous pensons cependant que le commerçant qui confie son fonds à un gérant agira sagement en déclarant le nom de ce dernier au Registre du Commerce (art. 4. 11°).

l'inscription que les commerçants, c'est-à-dire (art. 1^{er} du Code de commerce), ceux qui remplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Or, nous dirons plus loin que le gérant n'est pas un « commerçant ». La circulaire du Ministre du Commerce du 26 juin 1920 spécifie que ce terme doit être pris dans son sens le plus large et « s'appliquer à « tous ceux qui se livrent habituellement à l'achat et à la vente « de produits ou marchandises pour en tirer un bénéfice ». Mais c'est justement parce qu'il ne tire pas un bénéfice personnel de ses opérations que le gérant n'est pas commerçant. Enfin il échappe encore à un autre critérium de la commercialité, donné par la même circulaire ministérielle, l'inscription au rôle de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (qui depuis la loi du 31 juillet 1917 a remplacé la patente pour la part de l'Etat) ou de la patente puisqu'il n'est pas assujetti à ces impôts.

Enfin, l'art. 3 de la loi du 17 mars 1909 étant étranger aux conventions relatives à un fonds de commerce qui ne comportent à aucun point de vue cession ou vente, ne saurait s'appliquer à la mise en gérance. Un jugement du tribunal de commerce de Marseille (Gaz. Com. Lyon, 29 mai 1912) du 26 mars 1912 en a ainsi décidé à juste titre pour le bail du fonds. Il en serait de même à plus forte raison pour la gérance salariée, qui n'a par conséquent pas à être publiée dans un journal d'annonces légales.

SECTION III

PRÉLIMINAIRES

1°. — *Inventaire des marchandises et du matériel.* Il n'est rien de spécial à dire sur l'inventaire des marchandises et du matériel auquel il est procédé avant que le gérant n'entre en fonctions. Etabli contradictoirement, il évitera toute contestation sur le détail du matériel ou sur le chiffre de marchandises porté au bilan. A la fin de la gérance s'il est dressé dans les mêmes conditions, il permettra au propriétaire du fonds de contrôler l'exactitude de ce chiffre.

2°. — *Cautionnement.* Il est normal que la personne qui met son fonds de commerce en gérance cherche à se prémunir, dans la mesure du possible, des pertes qu'elle pourrait subir par le fait de son gérant. Lorsque la responsabilité de celui-ci sera engagée, soit par des malversations, soit même par une faute de gestion, il devra réparation à son patron. En se faisant verser, à l'avance, une somme déterminée, le propriétaire du fonds se réserve un moyen efficace d'obtenir cette réparation. Tel est le but du cautionnement.

En réalité, il s'agit plutôt d'un gage ou d'un dépôt de garantie et c'est justement pour cela que la conservation des sommes ou valeurs remises à titre de cautionnement doit être assurée même en cas de faillite du patron.

Le Code du Travail (art. 32a. à 32f) (Loi du 18 octobre 1917 modifiant et incorporant dans ce code la loi du 2 avril 1914) contient différentes dispositions dans ce but. Nous pensons qu'elles doivent s'appliquer aux cautionnements qui peuvent être versés par les gérants de fonds de commerce, étant donnés les termes généraux dans lesquels est conçu l'art. 32a. Le mot « employé » doit y être entendu dans un sens suffisamment compréhensif pour qu'il s'applique au gérant, surtout si l'on observe que lors de la discussion du budget de 1913 il fut déposé un amendement tendant à prescrire que les commerçants ou les sociétés qui font verser par les gérants de leurs succursales ou par leurs employés, des cautionnements fussent tenus de les déposer dans les 15 jours à la Caisse des Dépôts et Consignations. Cet amendement fut l'objet d'un article de la loi de finances qui fut disjoint par le Sénat bien que rétabli deux fois par la Chambre.

Dans ses dispositions principales, la réglementation relative aux cautionnements peut se résumer de la façon suivante :

Si le patron reçoit en espèces une somme inférieure à 3.000 francs, il doit la verser, au nom de son employé sur un livret spécial de Caisse d'Epargne qui portera l'indication de sa destination. S'il s'agit d'un cautionnement constitué par des titres au porteur quelle qu'en soit la valeur ou par une somme

supérieure à 3.000 francs, il doit être déposé dans les 15 jours à la Caisse des Dépôts et Consignations. De plus un registre spécial doit être tenu qui mentionne le montant et la nature du cautionnement ; ce registre est à la disposition de l'Inspecteur du travail. Enfin les sommes disposées ne peuvent être retirées que sur la double signature du commerçant et de l'employé et l'art. 32 c. précise qu'elles sont grevées d'un privilège au profit du premier.

En face de dispositions impératives de cet ordre on ne peut manquer de reconnaître que la dation du fonds en nantissement à laquelle nous avons déjà fait allusion est un procédé auquel on n'a pas à recourir. Au surplus il représente certainement une garantie moindre que celle prescrite par la loi.

Chapitre IV

EFFETS DU CONTRAT DE GERANCE

Il est possible d'envisager les effets du contrat de gérance à un triple point de vue :

- 1°. — En la personne même des parties à ce contrat.
- 2°. — Entre elles.
- 3°. — A l'égard des tiers.

Ce chapitre comprendra par suite trois sections correspondant à cette division.

SECTION I

EFFETS DU CONTRAT DE GÉRANCE EN LA PERSONNE DU GÉRANT ET DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS

§ I. — *Le propriétaire du fonds ne change pas non plus que le titulaire du bail des lieux où s'exploite le commerce. Conséquences notamment au point de vue de l'application des lois du 30 juin 1926 et 6 juillet 1925.*

La personne qui met en gérance le fonds de commerce qui lui appartient reste propriétaire de ce fonds. Il en est ainsi en cas de gérance salariée ou de bail du fonds. Par conséquent celui qui prend un gérant continue à jouir des prérogatives attachées à son droit de propriété : il peut vendre son fonds, l'apporter en société, le donner en nantissement sans consulter son gérant tandis que celui-ci ne peut réaliser aucune de ces opérations.

La seule question qui présente quelque intérêt à propos de la dation en nantissement est la suivante. Il est dit dans la loi du 17 mars 1909 (art. 16), que le créancier gagiste peut faire ordonner la vente du fonds huit jours après une sommation de payer restée infructueuse, faite au débiteur et au tiers déten-

teur, s'il y a lieu. On pourrait peut-être se demander si cette sommation doit être adressée au gérant, c'est-à-dire s'il doit être considéré comme tiers détenteur. La négative n'est pas douteuse car l'expression tiers détenteur ne vise en réalité que le tiers acquéreur du fonds, celui qui en est devenu propriétaire. Et nous venons de dire que tel n'est pas le cas du gérant (1).

La loi du 30 juin 1926 règle « les rapports entre locataires « et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à « loyer d'immeubles ou locaux à usage commercial ou industriel ». Puisque la personne qui met son fonds en gérance en reste propriétaire, c'est elle et non pas le gérant qui doit adresser au propriétaire de l'immeuble la demande en renouvellement de bail prévue par la loi. L'art 2 de ce texte dit que « le locataire, le cessionnaire ou leurs ayants-cause qui voudront obtenir le renouvellement de leur bail devront notifier une demande... ». Or, le propriétaire du fonds est bien resté locataire et d'autre part le gérant n'est en aucune façon cessionnaire. Il n'est pas davantage ayant-cause du locataire car cette dernière expression s'applique principalement au sous-locataire auquel le gérant ne peut être assimilé. Le premier paye un loyer ; au contraire le second en reçoit un, il n'est pas locataire, il est bailleur de services.

La mise en gérance d'un fonds de commerce va susciter une autre difficulté à propos de l'application de l'art. 9 de la loi sur la propriété commerciale. Cet article dispose que « sauf mo-

(1) Rien n'empêche d'ailleurs qu'un contrat de gérance salariée ne soit assorti d'une promesse de vente au profit du gérant.

« tif légitime, le droit au bail dont le renouvellement aura été
« obtenu dans les conditions ci-dessus ne pourra être cédé que
« par les locataires ayant personnellement exercé pendant trois
« ans au moins le commerce dans les lieux loués ». Peut-on
admettre que l'exploitation par un gérant salarié tienne lieu
d'exploitation personnelle.

Pour répondre à cette question, examinons d'abord les motifs de l'art. 9. M. Morand les a donnés dans son rapport au Sénat dans les termes suivants :

« Par suite du vote de la proposition de loi soumise à votre
« examen, les fonds de commerce vont acquérir une valeur
« particulièrement élevée et il est à craindre que la spéculation
« dont ils ont été l'objet depuis quelques années ne devienne
« encore plus active. Or on cite des fonds qui ont changé
« trois ou quatre fois de propriétaire dans la même année.
« Certains spéculateurs ne se rendent acquéreurs que pour
« revendre immédiatement à un prix supérieur. La loi en pré-
« paration doit mettre, dans la mesure du possible, obstacle à
« de semblables pratiques ; car autant il est juste de favoriser
« les baux du commerce et de l'industrie, autant il serait déplorable
« de faire de ces renouvellements des primes à la
« spéculation » (Sénat. Rapport Morand. Annexe N° 142.
J. O. du 18 mai 1924, p. 98).

Ainsi donc, la prescription de l'exploitation personnelle pendant trois ans avant toute cession s'explique par le désir d'éviter la spéculation. Ce but sera encore atteint, si, en forçant légèrement le sens des mots « exploitation personnelle », on

admet comme équivalente l'exploitation par gérant salarié. On objecte en sens contraire (André Trasbot. Commentaire de la loi du 30 juin 1926 au D. P. 1926. 4. 257 et s., notamment p. 281, 3^e col.) le silence des travaux préparatoires et du texte de la loi mais il ne nous semble pas que ce soit un argument suffisant, surtout si l'on remarque qu'en réalité, dans notre hypothèse, le propriétaire du fonds reste le même ; il est toujours commerçant comme nous le dirons plus loin et, si matériellement ce n'est pas lui qui exploite il n'en reste pas moins que les bénéfices lui sont acquis intégralement. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer ci-dessus, la mise en gérance n'est en réalité qu'un mode spécial d'exploitation du fonds. Enfin, la solution libérale qui nous semble la meilleure évite la difficulté qui naît au cas d'exploitations personnelles intermittentes. Ceux qui se refusent à voir dans la gérance salariée un équivalent de l'exploitation personnelle sont contraints de dire qu'alors on devra joindre les différentes durées d'exploitation personnelle. Solution qu'ils reconnaissent eux-mêmes étrange (A. Trasbot *ibid*).

Pourtant si la mise en gérance n'est pas sincère, c'est-à-dire si elle constitue une cession déguisée, il n'est pas douteux que l'exploitation par le gérant ne saurait être assimilée à une exploitation personnelle. Mais s'il s'agit de gérance salariée, il n'en sera, pour ainsi dire, jamais ainsi. Au contraire, au cas de gérance-vente ou location-vente, la condition de l'art. 9 ne serait pas réalisée et le bail pourrait être résilié (art. 9, 2^e al.),

parce que ces opérations constituent des transmissions de fonds déguisées.

Puisque nous en sommes à examiner si la mise en gérance d'un fonds de commerce a une influence quelconque dans les rapports entre le propriétaire de l'immeuble et le propriétaire du fonds, ajoutons que la disposition de la loi du 6 juillet 1925 sur la révision des baux à longue durée, qui prescrivait au propriétaire de mettre en cause en même temps que le locataire primitif, tous les cessionnaires ou sous-locataires (art. 3, 1^{er} al.) ne concernait pas le gérant du fonds qui lui n'a aucun lien de droit avec le bailleur. Il va sans dire qu'il en est encore de même depuis que la loi du 3 avril 1928 a décidé (art. 1^{er}, 1^{er} et 2^e al.) que le propriétaire pourrait ne plus mettre en cause que le bénéficiaire actuel du bail révisable.

En résumé si la mise en gérance d'un fonds de commerce n'entraîne aucun changement quant au titulaire du fonds elle n'en entraîne pas davantage en ce qui concerne le titulaire du bail des lieux où s'exploite le commerce. Juridiquement le bailleur n'a pas davantage affaire avec le gérant du fonds que le propriétaire du fonds peut avoir affaire avec le gérant de l'immeuble (sur ce dernier point Trib. Civ. Seine, 14 novembre 1927. La Loi du 10 décembre 1927).

§ 2. — *Le gérant n'est pas commerçant. Celui qui exploite un fonds de commerce par l'intermédiaire d'un gérant salarié est commerçant. Conséquences.*

Il résulte de l'art. 1^{er} C. Com. que « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession

habituelle ». D'autre part, l'art. 632 C. Com. indique au nombre des actes de commerce l'achat pour revendre (1^{er} al.). Il ne faudrait cependant pas en conclure que le gérant d'un fonds de commerce est commerçant, bien qu'il emploie presque toute son activité à acheter pour revendre. Tout au contraire, le gérant salarié n'est pas commerçant parce qu'il n'agit pas pour son propre compte (1) ni le plus souvent en son nom. Il n'a pas en vue un profit personnel ; le bénéfice résultant de ses opérations n'est pas pour lui. Sans doute, il peut être rémunéré en partie ou en totalité par un pourcentage sur les bénéfices, mais on ne peut dire pour cela qu'il a agit pour son compte et cette circonstance ne saurait lui donner la qualité de commerçant ; d'ailleurs, la rémunération par pourcentage sur le chiffre d'affaires est plus fréquente.

La solution ci-dessus est depuis longtemps consacrée par la jurisprudence. Ainsi dans un arrêt du 24 juin 1857, la Cour de Paris décharge le gérant D... d'un débit de vins de la contrainte par corps prononcée contre lui motif pris « de ce qu'en « débitant les vins de son patron, D... n'a pas fait acte de « commerce et qu'il ne saurait pour le fait de cette gestion « être passible de la contrainte par corps » (J. des Trib. de Com. 1857, p. 188).

De même, la Cour de Nancy (20 décembre 1892. DP. 94, 2.348) déclare que le gérant de la succursale d'une maison de commerce n'est pas commerçant mais simplement « employé ou préposé » du propriétaire du fonds attendu notamment

(1) Le gérant libre le serait parce qu'il bénéficie lui-même des profits de l'exploitation.

« que le gérant ne s'est jamais livré à des opérations commerciales en son nom personnel dans un but de spéculation ou en vue de se procurer des bénéfices éventuels ».

Supposons même qu'un gérant dans l'exercice de ses fonctions accomplisse des actes qui sont réputés commerciaux par leur nature, par l'autorité de la loi, tels que la souscription d'une lettre de change (art. 632 C. Com. der. al., loi du 7 juin 1894), on ne devra pas pour cela dire que le gérant est commerçant parce que « sa signature n'a d'autre but que de faciliter au propriétaire du fonds le recouvrement des ventes opérées » (Nancy, 20 décembre 1892 précité). Et cette observation n'est pas sans intérêt puisqu'il a déjà été décidé que le gérant qui a pouvoir de recevoir et payer a le droit de créer des traites à son ordre pour les besoins de la maison qu'il gère. (Paris, 6 juillet 1864, J. des Trib. de Com. 1865, p. 209).

Voici pourtant deux cas où le gérant est commerçant :

Le plus souvent le contrat de gérance interdit formellement au gérant de faire des opérations pour son propre compte. S'il ne respecte pas cette clause, si, en dehors de son rôle propre de gérant, il achète et vend des marchandises pour son compte personnel d'une façon habituelle, il n'est pas douteux qu'il devient alors commerçant (Cpr. Paris, 19 décembre 1863. J. des Trib. de Com. 1864, p. 329), qui reconnaît la qualité de commerçant à un commis qui achetait et revendait pour son propre compte.

De même, supposons un gérant qui agisse en son nom propre bien que ce soit pour le compte de son patron. Il est, dans c

cas, considéré comme un prête-nom et la doctrine comme la jurisprudence décident qu'il est commerçant (Thaller. *Traité général de dr. commercial. Faillite et Banqueroute*, par. J. Percerou T. I., p. 165). (Rennes, 2 mai 1895. Juris Nantes 1895, I. 271).

Nous avons déjà dit que la personne qui met en gérance un fonds de commerce fait un acte commercial. Mais il y a plus. Cette personne, pendant toute la durée de la gérance, est considérée comme commerçante (1) s'il s'agit de gérance salariée (2).

Peu importe d'ailleurs qu'elle soit ou non propriétaire du fonds. Cette dernière qualité est indépendante de celle de commerçant ; on peut parfaitement être commerçant sans être propriétaire d'un fonds de commerce. Ainsi en a décidé la Chambre des Requêtes à propos d'un usufruitier (Req. 29 janvier 1883 D. P. 83. I. 314).

Il est facile de comprendre pourquoi celui dont le fonds de commerce est dirigé par un gérant salarié est commerçant. Nous avons adopté plus haut une théorie aux termes de laquelle le gérant doit être considéré comme un mandataire dans ses rapports contractuels avec les tiers ; or ces rapports ne sont autre chose que des actes de commerce. Par application du principe

(1) Il faut, bien entendu, faire exception pour le cas du syndic que nous avons cité.

(2) Elle ne le serait pas si elle avait donné son fonds à bail.

de la représentation dans le mandat, ils ne produisent leurs effets qu'en la personne du mandant. Notamment, leur répétition donne à ce dernier la qualité de commerçant. Et cette façon de raisonner justifie, par ailleurs, la solution suivant laquelle le gérant prête-nom est considéré comme commerçant.

Ces idées dégagées, il nous est maintenant facile de les appliquer dans les principales matières où il est intéressant de distinguer le commerçant de celui qui ne l'est pas.

S'agit-il d'une demande en faillite ? Elle ne sera pas recevable, en principe, contre le gérant salarié (Nancy, 20 décembre 1892 précité), tandis que celui qui lui a confié le fonds pourra, lui, être déclaré en faillite. A ce sujet notons que dans l'hypothèse où le gérant agit comme prête-nom, non seulement il peut être mis en faillite puisque nous avons vu qu'il est commerçant, mais le même sort peut être fait au propriétaire du fonds puisqu'en réalité, c'est lui qui exerce le négoce (Rennes, 2 mai 1895 précité).

Nous avons déjà insisté sur le fait que le gérant salarié n'avait pas à être inscrit au registre du commerce comme commerçant. Son patron y reste astreint.

Ce dernier est encore assujéti à un régime particulier pour la publicité de son contrat de mariage (art. 67 et s. C. Com.). Le gérant salarié échappe à cette réglementation.

Au point de vue fiscal, celui qui a mis son fonds de commerce en gérance paye les mêmes impôts que celui qui exploite

par lui-même, c'est-à-dire impôt sur le chiffre d'affaires (1) et impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (2). Au contraire le gérant, puisqu'il n'est pas commerçant ne sera imposé qu'à la cédula des traitements et salaires, alors même que sa rémunération consisterait en tout ou partie dans une participation aux bénéfices (C. d'Etat, 9 novembre 1928. Gaz Pal. Sup. 11 décembre 1928 et C. d'Etat, 14 décembre 1928 Gaz Pal. Sup. 22 janvier 1929).

La loi n'oblige pas le gérant à tenir des livres de commerce. S'il le fait, c'est que cette mission lui a été confiée par son patron auquel s'appliquent lse art. 8 et s. C. Com.

Enfin celui qui a mis son fonds de commerce en gérance n'en reste pas moins électeur et éligible aux Tribunaux de Commerce (L. du 8 décembre 1883), de même qu'aux Chambres de Commerce. Le gérant ne l'est pas.

(1) Il y a quelques mois, M. Tranchaut, député de la Vienne, a déposé une proposition de loi contresignée par 189 députés stipulant « qu'à compter du 1^{er} janvier 1930 la taxe sur le chiffre d'affaires et la taxe de luxe seront supprimées et remplacées par une taxe unique frappant une seule fois le produit, quel que soit le nombre de transactions dont il est l'objet ».

(2) C'est l'un des impôts institués par la loi du 31 juillet 1917 (art. 2). Pour les commerçants, il remplace la patente dont le principal n'est plus perçu (art. 1^{er}), mais qui sert encore de base au calcul de centimes additionnels départementaux et communaux (art. 44).

SECTION II

EFFETS DU CONTRAT DE GÉRANCE *inter partes*

Le contrat de gérance étant synallagmatique, chacune des personnes qui y sont parties contracte différentes obligations à l'égard de l'autre. Nous examinerons d'abord celles du patron puis celles du gérant. Après quoi nous indiquerons les tribunaux compétents pour connaître des contestations qui peuvent surgir entre eux.

§ I. — *Obligations du patron à l'égard de son gérant. Salaire, accidents du travail, repos hebdomadaire.*

La première des obligations du patron à l'égard de son gérant est évidemment de lui payer le salaire qu'il lui a promis.

Ce salaire ne consiste pas forcément en une somme d'argent déterminée payable mensuellement par exemple. Il peut revêtir d'autres formes qui se substituent ou s'ajoutent aux appointements fixes. C'est ainsi que le logement représente parfois une portion de la rémunération ; il y a là une sorte de paiement en nature qui constitue une partie du prix du travail. L'avantage relatif au logement fait partie intégrante du contrat de gérance et disparaît par conséquent dès que celui-ci prend fin.

Le salaire du gérant comprend aussi très souvent des gueltes calculées de façon variable ou un pourcentage sur le chiffre d'affaires. Enfin, pour stimuler davantage l'ardeur de son gérant, le patron lui accordera parfois une participation aux bénéfices. Dans cette dernière hypothèse on peut être tenté de dire que le contrat dégénère alors en société (1) puisque chaque partie met quelque chose en commun (le patron, son fonds, ses capitaux, le gérant, son travail) pour en tirer un profit. Mais il n'en est rien et pour plusieurs raisons. Il n'y a d'abord pas intention de s'associer ; puis le contrat de gérance, à supposer même qu'il contienne une telle convention établit une certaine dépendance du gérant à l'égard de son patron, enfin la participation aux bénéfices n'implique pas participation aux pertes. Si le partage des pertes était stipulé nous pensons avec Baudry-Lacantinerie et Wahl (*Du Louage* II, N° 1.412) et Aubry et Rau (T. 5, p. 395) qu'il y aurait alors société (contra Lyon-Caen et Renault. Op. cit. T. II, N° 61).

Le seul arrêt que nous avons trouvé relatif à la question se prononce dans le sens ci-dessus. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de Paris du 20 janvier 1876 (J. des Trib. de Com. 1876, p. 407), qui confirme avec adoption de motifs un jugement du Tribunal de commerce de la Seine qui déclare que la convention par laquelle un chef de maison de commerce engage une

(1) La même question se pose d'ailleurs à propos de tout commis intéressé. Le gérant pouvant être envisagé sous l'aspect d'un premier commis intéressé à pouvoirs étendus, la question de savoir s'il y a société lorsqu'il participe aux bénéfices doit se résoudre de la même façon que pour le commis intéressé ordinaire, c'est-à-dire par la négative.

gérante moyennant des appointements fixes et une participation aux bénéfices, sans participation aux pertes ne constitue qu'un louage et non une société. La décision de première instance ne donnait comme motif que : « Attendu qu'il résulte des documents fournis ».

Le contrat règle d'ordinaire la question de savoir si la participation portera sur les bénéfices nets ou bruts. S'il ne donne aucune précision sur ce point, elle devra avoir lieu sur les bénéfices nets. Ainsi le pourcentage prévu ne sera calculé qu'après déduction des intérêts dûs pour capitaux empruntés pour la marche de la maison et des sommes consacrées à l'amortissement du matériel. En tout état de cause, il appartient aux tribunaux de répartir les parties, de refuser par exemple, au patron une imputation abusive et préjudiciable à son gérant ou de débouter ce dernier qui prétendrait toucher une part des bénéfices annoncés par la comptabilité, alors qu'en réalité l'exploitation est déficitaire (1). Notons en outre qu'en cas de faillite, le gérant n'a pas davantage à rapporter sa part de bénéfices que ses appointements fixes.

A un autre point de vue et par application des considérations que nous avons développées au ch. II, le salaire du gérant n'est pas susceptible de réduction. La règle de l'art. 1134 C. Civ. aux termes de laquelle la convention fait la loi des parties doit s'appliquer ici sans restriction (Guillouard op. cit. II,

(1) Puisqu'il le plus souvent, le gérant tient la comptabilité de la maison qu'il dirige, les livres de commerce n'auront pas de valeur probante en sa faveur.

N° 690, Baudry-Lacantinerie et Wahl op. cit. II, N° 2.124). Ce serait certainement une surprise bien désagréable pour le gérant si son patron plaidant que le contrat constitue un mandat salarié arrivait par ce moyen à faire réduire la rémunération promise.

De même le salaire du gérant est privilégié en cas de faillite de son commettant par application de l'art. 549 C. Com. Solution qui se justifie sans peine parce que 1° la créance du gérant présente un caractère nettement alimentaire ; 2° ce texte accorde le privilège... « aux commis sédentaires »... et il n'est pas impossible par suite de l'étendre à cet employé à pouvoirs souvent très étendus qu'est le gérant ; 3° surtout cet article 549 dont la rédaction actuelle remonte à la loi du 17 juin 1919 accorde expressément le privilège « à tous ceux qui louent leurs services ».

Ce privilège a le même rang que celui dont bénéficient les gens de services, d'après l'art. 2.101-4° C. Civ. Il garantit le paiement de la rémunération aux six derniers mois qui ont précédé la faillite, quelle que soit sa nature, même s'il s'agit d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires (1). S'il s'agissait d'un gérant nommé par le syndic, il échapperait au dividende non seulement pour le prix de ses services mais encore si le syndic s'était séparé de lui d'une façon abusive l'indemnité qu'il pourrait obtenir par application de l'article 1.780 C. Civ. lui serait également payée par préférence comme créancier de la masse

(1) La loi du 6 février 1895 n'accordait pour cette forme du salaire qu'un privilège ne garantissant que 3 mois ; avant cette dernière loi, la jurisprudence ne voyait même là qu'une créance chirographaire.

De même encore le gérant qui a obtenu une indemnité de brusque renvoi antérieurement à la faillite peut se la faire payer par préférence depuis la loi du 19 juillet 1928. En effet cette loi a modifié le dernier alinéa de l'art. 2 3C. Travail qui est « 4° C. s'étend aux indemnités prévues par le présent article « soit à raison de l'inobservation du délai-congé, soit à raison « de la résiliation abusive du contrat ».

Pour en terminer avec la rémunération du gérant, nous devons encore nous demander si deux fois relativement récentes, insérées toutes deux au Code du Travail lui sont applicables : celle du 7 décembre 1909 sur le paiement du salaire des ouvriers et employés (C. du Travail. Liv. I, art. 43 et s.) et celle du 27 juillet 1921 relative à la saisie arrêt sur les petits salaires et petits traitements des ouvriers et employés (modifiant la loi du 12 janvier 1895 et insérée au C. du Travail. Liv. I, art. 61 à 73 b).

La loi du 7 décembre 1909 dispose que les salaires des ouvriers et employés doivent être payés en monnaie métallique ou fiduciaire ayant cours légal et d'autre part elle prescrit certaines règles relatives au lieu, jour et périodicité du paiement. Nous ne voyons pas pourquoi le gérant d'un fonds de commerce n'en bénéficierait pas puisqu'elle s'applique à tous les ouvriers et employés sans distinction (Colin et Capitant, op. cit. T. II, p. 593). Le gérant bien qu'employé supérieur, doit, par suite, en profiter tout comme un commis ordinaire.

De même la loi du 27 juillet 1921 doit trouver ici son application. Cette loi dispose que les appointements des employés

et commis ne sont cessibles et saisissables que jusqu'à concurrence du dixième si leur montant ne dépasse pas 6.000 franc par an. En fait, il n'y a pas de gérant dont le gain annuel soit inférieur à 6.000 francs, ce qui enlève tout intérêt à la question.

Le patron du gérant doit mettre ce dernier à même de remplir sa tâche. Il doit lui fournir le matériel utile et les capitaux nécessaires pour la marche de la maison. Le manque de fonds de roulement peut atténuer dans une certaine mesure la responsabilité du gérant quant à sa gestion. Si par ailleurs il employait à son usage les sommes à lui confiées, il en devrait les intérêts à dater de cet emploi sans qu'une mise en demeure lui ait été signifiée (art. 1996 C. Civ.). Nous appliquons ici sans hésitation l'une des règles du mandat parce que l'avance de fonds par le patron constitue le préliminaire obligé des opérations que le gérant va traiter avec les tiers et à l'occasion desquelles il agira comme mandataire.

Enfin, comme tout autre contrat, le contrat de gérance doit être exécuté de bonne foi (art. 1134, al. 3). Par exemple si le gérant est rémunéré en tout ou partie par une commission sur le chiffre d'affaires, il peut se plaindre du tort que lui cause son patron en fondant une nouvelle maison à proximité.

Le propriétaire d'un fonds de commerce est-il responsable dans les termes de la loi du 9 avril 1898 (et de celles qui l'ont modifiée postérieurement) des accidents survenus à son gérant dans l'exercice de ses fonctions. En équité, l'affirmative s'impose. Le gérant court un risque professionnel certainement beaucoup moins considérable qu'un grand nombre de salariés,

mais ce risque, si minime soit-il, existe et il est juste de l'en garantir. D'autre part, la nature juridique que nous avons attribuée au contrat de gérance nous le fait considérer, au point de vue spécial qui nous occupe, comme un louage de services et la Cour de Cassation décide que la responsabilité imposée aux chefs d'entreprise par la loi du 9 avril 1898 « implique nécessairement l'existence d'un contrat préalable de louage de services » (Civ., 12 mai 1925 D. H. 1925, p. 468). Par conséquent le patron sera engagé dans les termes de cette loi puisque l'art. 1^{er} de la loi du 12 avril 1906 (1) étend la législation sur les responsabilités des accidents du travail à toutes les entreprises commerciales et que l'art. 1^{er} de la loi de 1898 indique les employés au nombre des personnes protégées (2).

Il est vrai que l'on peut se refuser à considérer le gérant comme un employé ; on peut dire que c'est un véritable chef d'entreprise. Nous ne pouvons mieux faire pour réfuter cette thèse que citer un jugement du Tribunal Civil de Bernay du 11 janvier 1910 (Rec. Gaz Pal. 1910. 1. 245) qui a admis que le gérant d'une société à succursales multiples, ou plus exactement sa veuve pouvait se prévaloir de la législation sur les accidents du travail. Voici les deux principaux arguments sur lesquels se sont appuyés les juges pour décider que le gérant n'était qu'un employé et non un chef d'entreprise.

(1) Art. 1^{er} de la loi du 12 avril 1906. « La législation sur les responsabilités des accidents du travail est étendue à toutes les entreprises commerciales ».

(2) Art. 1^{er} de la loi du 9 avril 1898 : « Les accidents survenus par le fait du travail ou à l'occasion du travail aux ouvriers et employés occupés... donnent droit au profit de la victime ou de ses représentants à une indemnité à la charge du chef d'entreprise... »

1° « Tous les risques commerciaux sont à la charge du patron ».

Voilà déjà un motif presque suffisant à lui seul. Nous avons dit que le gérant salarié n'agit pas pour son compte, qu'il n'est pas commerçant. Peut-on concevoir un chef d'entreprise qui travaille pour autrui ?

2° « Le gérant se trouve sous la surveillance et le contrôle du patron ». Au contraire un chef d'entreprise est indépendant, il n'a de comptes à rendre à personne.

M. Crémieu (op. et loc. cit., p. 487), pense que le propriétaire d'un fonds de commerce est tenu d'assurer le repos hebdomadaire à son gérant. La raison qu'il en donne est simple : puisque le gérant est un loueur de services toutes les dispositions législatives relatives au contrat de travail doivent lui être appliquées.

La jurisprudence s'est maintes fois prononcée en sens inverse soit à propos d'un gérant ordinaire, soit à propos d'un succursaliste. Nous nous rallions à cette dernière opinion bien que nous estimions que les règles du louage de services doivent le plus souvent être appliquées dans les rapports entre les parties au contrat de gérance. En effet la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire est une de ces lois sociales dont l'application est conditionnée bien davantage par les circonstances de fait que par les principes du droit. Ainsi la Cour de Cassation, dans un arrêt relatif à la question (Cr. 7 juin 1907 D. P. 1908. 1. 318) a pu dire en substance :

Attendu qu'il n'est pas besoin de déterminer le caractère juridique du contrat qui lie les gérants à la société qui les emploie pour savoir s'ils doivent bénéficier du repos hebdomadaire (1).

Ce n'est donc pas à la notion de louage de services qu'il faut s'attacher ; la véritable question qui se pose est celle de savoir comme ci-dessus à propos des accidents du travail si le gérant est un employé ou un chef d'entreprise. Dans le premier cas : il a droit, en principe au repos hebdomadaire ; dans le second, le patron n'est pas tenu de lui assurer.

Au reste, la question que nous venons de poser, nous l'avons déjà résolue : le gérant n'est pas un chef d'entreprise. C'est un employé ; il semble donc que par application de l'art. 1^{er} de la loi :

« Il est interdit d'occuper plus de six jours par semaine un
« même employé ou ouvrier dans un établissement commercial
« ou industriel... ».

Il va bénéficier de cette loi comme de celles de 1898 et du 12 avril 1906.

Il n'en est rien cependant à cause de l'art. 13 qui est ainsi conçu :

« Les chefs d'entreprise, *directeurs ou gérants*, qui auront
« contrevenu aux prescriptions de la présente loi et des règle-

(1) Il ne faudrait pas pousser ce raisonnement à l'extrême. La Chambre criminelle a été elle-même obligée de rechercher plusieurs fois si les employés dont le cas lui était soumis étaient ou non associés à leur patron (Cr. 2 février 1907. D. P. 1907. 1. 107. Cr. 24 janvier 1914. D. P. 1917. 1. 161).

« ments d'administration publique relatifs à son exécution se-
« ront poursuivis devant les Tribunaux de simple police et pas-
« sibles d'une amende de 5 à 15 francs ».

Les gérants bien que n'étant pas chefs d'entreprise (1) sont donc pour l'application de la loi du 13 juillet 1906 assimilés à des chefs d'entreprise (2) : ils n'ont pas droit au repos hebdomadaire.

Tel est le raisonnement de la Cour de Cassation et nous ne voyons pas en quoi il pourrait être critiqué.

Arrêt du 2 février 1907 (Ch. Cr.) (D. P. 1907. 1. 108) qui refuse le repos hebdomadaire à un gérant.

« Attendu qu'en l'état de ces constatations le juge de police
« a pu déclarer que F. M... (le gérant) n'appartenait pas à
« la catégorie des ouvriers et employés auxquels le repos heb-
« domadaire est dû mais qu'il rentrait dans celle des gérants
« que l'art. 13 de la loi sus-visée assimile aux chefs d'entre-
« prise ».

Arrêt du 8 juin 1907 (Ch. Cr.) (D. P. 1908. 1. 319) qui rejette le pourvoi du procureur de la République d'Amiens contre un jugement du Tribunal d'Amiens qui avait relaxé le directeur d'une société n'ayant pas donné le repos hebdomadaire à ses gérants.

(1) Et l'art. 14 le montre bien, puisqu'il nous dit :

« Les chefs d'entreprise seront civilement responsables des condam-
« nations prononcées contre leurs directeurs ou gérants ».

(2) Aucune assimilation de ce genre ne résulte des textes du 9 avril 1898 et du 13 avril 1906. C'est ce qui explique que les dispositions législatives sur les accidents du travail s'appliquent seules au gérant, bien qu'il soit un employé et que les lois de 1898 et du 13 juillet 1906 contiennent l'une et l'autre ce mot.

« Attendu qu'ils n'appartiennent pas à la catégorie des ouvriers et employés auxquels le repos hebdomadaire doit être donné mais qu'ils rentrent dans celle des gérants que la loi « susvisée assimile aux chefs d'entreprise ».

Puisque les gérants sont au nombre de ceux qui doivent le repos hebdomadaire et non de ceux qui ont le droit de l'exiger il importe de les distinguer des autres employés qui ont ce droit. C'est ce qui a été fait par la jurisprudence. Une longue suite de décisions (Cr. 7 juin 1907 précité. Cr. 8 juin 1907 D. P. 1908 1318 — C. 19 janvier et 2 février 1907 D.P. 1907.1.107 — Cr. 19 avril 1907 D.P. 1907.5.39 — Cr. 25 octobre 1907 D.P. 1909.5.15 — Trib. simple pol. Péronne 8 janvier 1912 — Bull. spéc. des décisions des juges de paix 1912 p. 346 — Trib. sim. pol. Reims 4 février 1907 D.P. 1907.2.68 — Adde les autres références données par Granger op. cit. N° 48) a donné du gérant les caractéristiques suivantes que nous admettons sans difficultés puisqu'elles coïncident avec la description du rôle du gérant que nous avons déjà faite.

Il jouit des prérogatives d'un chef de maison ; il administre le fond sous sa responsabilité personnelle moyennant un traitement fixe ou des remises sur le montant des ventes ; il peut fournir un cautionnement ; il engage et congédie le personnel subalterne sur lequel il a autorité ; il fait les commandes et veille à l'assortiment du magasin mais il peut être soumis à certaines règles dans sa gestion et placé sous le contrôle plus ou moins sévère de son patron.

§ 2. — *Obligations, pouvoirs et responsabilité du gérant.*

Le gérant doit remplir fidèlement la mission qui lui a été confiée. Il s'efforce de satisfaire la clientèle ; dans ce but, il veille aux approvisionnements, il entretient l'ordre et la propreté dans le magasin, surveille la présentation de la marchandise dans les étalages etc... En un mot, il agit comme s'il était propriétaire du fonds. Son intérêt personnel le lui commande d'ailleurs lorsqu'il est rémunéré en tout ou partie par une commission sur le chiffre d'affaires ou une participation aux bénéfices.

Le gérant prend soin du matériel et des marchandises ; il est responsable de leur bonne conservation. A la fin de la gérance il doit rendre en bon état d'usage tout le matériel compris à l'inventaire. En dehors de toute négligence de sa part il ne peut que les marchandises soient portées en compte pour une valeur supérieure à leur valeur réelle. Cela provient, le plus souvent, de déperditions inhérentes aux manutentions ou du fait que certains produits sont périssables malgré tous les soins dont ils peuvent être l'objet. Ces dépréciations n'étant pas le fait du gérant ne peuvent lui être imputées, sauf s'il existe une convention contraire. Les Tribunaux tranchent en équité les contestations qui naissent à ce sujet (Trib. Com. du Havre, 8 juin 1925. Rec. Havre, juillet-août 1925) et la clause du contrat aux termes de laquelle le gérant est responsable de tous les manquants, pertes et déchets au-delà d'une certaine franchise est certainement valable (Trib. Com. Marseille, 7 novembre 1928. Thémis 18 mai 1929).

Les pouvoirs du gérant sont, en principe, exactement déterminés dans le contrat. Si le propriétaire du fonds ne juge pas à propos de lui donner carte blanche pour toutes les opérations relatives au commerce, il est d'un intérêt capital que ses attributions soient fixées avec la plus grande précision. En effet le tiers averti de la limitation des pouvoirs du gérant ne saurait rendre le patron responsable des actes accomplis par son préposé en dehors du rôle qui lui a été confié. Si le propriétaire du fonds s'est réservé le droit d'intervenir dans certaines opérations ou de guider son gérant dans des circonstances déterminées (ainsi le choix des fournisseurs ou du personnel), celui-ci se trouve dans l'obligation de suivre les indications qui lui sont données. Le gérant doit faire tout ce que lui prescrit le contrat ; si ce contrat est complet, il exprime à la fois ses obligations et ses pouvoirs. Il y a là surtout une question de conventions entre les parties et des difficultés ne peuvent surgir qu'au cas de formules vagues et imprécises telles qu' « administrer le fonds de commerce ». Dans ce cas, on doit permettre au gérant de faire tout ce qui se rapporte à la gestion à l'exclusion de tout acte qui ne rentre pas dans les nécessités courantes de la vie d'un fonds, tel que contracter un emprunt sous une forme quelconque (Rennes, 4 novembre 1924, Rec. Gaz Pal. 1925. 1. 218, Trib. Seine, 8 janvier 1892. La loi du 30 avril 1892). Dans l'arrêt de la Cour de Rennes, on lit notamment :

« Considérant que la souscription de billets ou titres constituant des emprunts est au premier chef un acte exorbitant du mandat général d'administration d'un fonds de commerce ».

De même le gérant ne peut donner le fonds de commerce en nantissement alors même qu'il serait titulaire d'une promesse de vente parce qu'il ne devient propriétaire du fonds qu'au jour de la réalisation de cette promesse (Tl. Com. Seine, 16 août 1928. Sem. Jur. 15 novembre 1928).

Comme toute personne qui agit pour autrui le gérant est tenu de rendre des comptes à son patron. Le contrat indique presque toujours la fréquence des redditions de comptes, tous les trois mois par exemple. S'il est muet sur ce point, et ce sera certainement bien rare, nous pensons qu'en principe le gérant est tenu de rendre des comptes à toute réquisition de son patron. En effet, ce dernier possède à coup sûr un véritable droit de contrôle sur les agissements de celui à qui il a confié sa maison. Il serait anormal qu'il ne puisse s'assurer de la bonne marche des affaires, à chaque fois qu'il le juge utile, alors que lui seul supporte le risque des opérations et qu'il peut être déclaré en faillite, au cas où elles seraient malheureuses. Il ne faudrait cependant pas que l'exercice de ce droit du propriétaire du fonds fût vexatoire pour le gérant et que les exigences du patron à ce point de vue fussent un obstacle à une gestion normale. Ici, comme partout ailleurs la bonne foi doit présider aux relations des parties.

Le gérant doit consacrer tout son temps et toute son activité à l'exploitation du fonds qui lui a été confié. On ne comprendrait pas qu'il pût pendant la durée de son contrat se mettre à la tête d'une maison rivale, y prendre intérêt ou encore faire des opérations commerciales pour son propre compte. Il arrive

d'ailleurs très fréquemment que le contrat de gérance lui interdise d'une façon formelle de se livrer à des transactions personnelles. En tout cas, s'il le faisait ce serait un motif suffisant de rupture immédiate.

Celui à qui la gérance d'un fonds de commerce a été confié doit agir par lui-même. Nous avons dit plus haut qu'à moins d'autorisation expresse et spéciale, le gérant, choisi *intuitu personæ* ne peut se substituer une tierce personne. Toute infraction à cette règle constitue une faute grave de nature à justifier le renvoi immédiat.

Si les conventions des parties ne prévoient pas explicitement la possibilité pour le gérant de choisir ses auxiliaires, on doit, en règle générale, lui reconnaître le droit de s'adjoindre les employés nécessaires pour la bonne marche de la maison.

Enfin le gérant est responsable de sa gestion (1). Il doit réparer le préjudice qu'il a pu causer à son patron, par sa négligence ou sa faute même légère. Si par suite d'une erreur il n'a pas encaissé les espèces liquides annoncées par la comptabilité, nul doute qu'il ne doive ajouter la différence de ses propres deniers. Si, au contraire, il y avait excédent il pourrait le conserver pour lui-même puisque la Cour de Cassation a jugé que le mandataire chargé de recevoir une somme déterminée n'est pas tenu de verser au mandant ce que, par erreur, il a reçu en plus de cette somme (Civ. 24 juillet 1900, S. 1901. 1. 9).

(1) Cette responsabilité peut être atténuée par le fait que le propriétaire du fonds a contribué dans une certaine mesure aux actes qu'il reproche à son gérant (Req. 3 mai 1865. J. des Trib. de Com. Année 1866, p. 50).

§ 3. — *Tribunaux compétents pour connaître des contestations entre le propriétaire du fonds et le gérant.*

Lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce a donné ce fonds à bail les contestations qui naissent entre lui et son gérant sont à coup sûr de la compétence du Tribunal de commerce (Trib. Civ. Tulle 27 mars 1895 D.P. 97.2.415). En effet, le bail du fonds a le même caractère que la vente de ce fonds : c'est un acte de commerce pour le bailleur et pour le preneur. Or « les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes » (art. 631 C.Com.).

S'il s'agit, au contraire, de gérance salariée la question est plus délicate depuis que la loi du 27 mars 1907 a étendu la compétence des conseils de Prud'hommes aux litiges entre patrons et employés de commerce.

Avant la promulgation de cette loi, il fallait distinguer suivant que le patron était demandeur ou défendeur (1). Dans le premier cas le Tribunal de Commerce était compétent par application de l'art. 634 C. Com. 2° al. Dans le second le gérant qui n'avait pas fait acte de commerce en signant le contrat de gérance (nous l'avons dit au Ch. II S.IV) jouissait de la faculté, lorsqu'il était demandeur, de choisir entre la juridiction

(1) Aujourd'hui, cette distinction peut encore trouver son application notamment dans les litiges dont l'intérêt est supérieur à 2.000 francs. Nous le signalons de nouveau ci-après, au texte.

commerciale et la juridiction civile de droit commun (1). C'est ainsi que d'anciennes décisions reconnaissent la compétence des Tribunaux consulaires quant aux difficultés entre gérant et propriétaire d'un établissement commercial (Trib. Com. Seine 15 avril 1861 J. des Trib. de Com. 1861, p. 362. Trib. Com. Gournay 19 novembre 1866 J. des Trib. de Com. 1866. 494). Il a été cependant jugé que le contrat par lequel un individu assume la direction d'une entreprise industrielle et commerciale constitue pour lui une opération essentiellement commerciale et qu'en conséquence la juridiction consulaire était exclusivement compétente pour juger une demande de cet individu contre le propriétaire de l'entreprise (Grenoble 15 février 1905 D.P. 1905.2.182).

La loi du 27 mars 1907 a eu pour effet de transporter la question sur un autre terrain. Comme nous venons de le dire cette loi a étendu la compétence des conseils de Prud'hommes aux contestations entre patrons et employés du commerce ou de l'industrie; toute la difficulté est donc de déterminer si, au point de vue qui nous occupe le gérant peut être considéré comme un employé. L'affirmative nous semble hors de doute mais avant de dire pourquoi remarquons :

(1) Jurisprudence constante : Voici un extrait d'un arrêt particulièrement net à ce sujet (Civ. 5 février 1896. S. 96. 1. 217).

« Attendu que lorsqu'un débat judiciaire s'élève entre deux parties « dont l'une seulement est commerçante ou à propos d'un acte qui n'est « commercial que pour l'une d'elles, la partie qui n'est pas commerçante et qui n'a pas fait acte de commerce ne perd pas en se constituant demanderesse le droit d'être jugée par la juridiction civile « compétente à son égard et peut à son choix actionner le défendeur « commerçant, soit devant ladite juridiction soit devant le Tribunal de « Commerce ».

1°/ Que la question ne présente d'intérêt qu'autant que dans le ressort envisagé coexistent Tribunal de commerce et section compétente du conseil de Prud'hommes. S'il n'y avait pas de section compétente du conseil de Prud'hommes, il va sans dire que les règles applicables avant la loi de 1907 et indiquées plus haut, devraient être suivies.

2°/ Que si l'intérêt du litige est supérieur à 2.000 frs (art. 80. L. IV C. du Travail) la demande peut être portée devant les tribunaux de droit commun c'est-à-dire que les règles ci-dessus peuvent retrouver leur empire. Au contraire la juridiction prud'homale reste compétente comme nous allons le dire s'il s'agit d'une demande inférieure à 2.000 frs ou indéterminée (Par exemple le propriétaire du fonds demande la fermeture d'un établissement que le gérant aurait ouvert en dépit de l'interdiction qui lui en est faite).

L'article 1^{er}, § 1^{er} de la loi de 1907 dit que pour que le conseil des Prud'hommes soit compétent il faut qu'il s'agisse d'un différent à l'occasion du contrat de louage de services. Ce contrat est pour les employés comme pour les ouvriers celui énoncé à l'art. 1780 C. Civ. Or, nous avons déjà répété qu'entre gérant et propriétaire du fonds le contrat de gérance était un contrat de louage de services et nous ajouterons au Ch. V que l'art. 1780 est applicable en la matière. Voilà une première raison de reconnaître ici la compétence des conseils de Prud'hommes.

On le conteste en prétendant que le gérant n'est pas un employé parce qu'il encaisse le plus souvent une commission au

lieu d'un salaire fixe, qu'il peut se faire aider par un personnel de son choix dont il est parfois responsable, qu'il doit accorder le repos hebdomadaire à ses employés, qu'il peut passer les commandes qu'il juge utiles, qu'en un mot il a la direction effective de l'exploitation sans être attaché par un lien de subordination personnelle à son patron.

Sans doute, tous ces caractères distinguent le gérant de l'employé ordinaire mais c'est justement pour cela que nous voyons en lui un employé supérieur. Le gérant occupe le plus haut degré de l'échelle des préposés de commerce mais il conserve néanmoins cette qualité de préposé (1), c'est un auxiliaire dépendant ; il est attaché au commerce de son patron.

Sans doute celui-ci n'exerce pas sur lui un contrôle de tous les instants mais il n'en reste pas moins que le gérant n'est pas indépendant socialement et économiquement puisqu'il doit consacrer tout son temps et toute son activité à remplir la mission qui lui a été confiée et que sa gestion reste soumise à un contrôle plus ou moins sévère. Le fait qu'il dirige l'exploitation ne le fait pas sortir de la catégorie des employés ; un employé n'est pas nécessairement un individu dépourvu de toute initiative, un simple agent d'exécution. En outre le gérant n'est pas

(1) Il est bien entendu que nous n'employons pas ici le mot « préposé » dans le sens spécial de l'art. 1384, mais avec l'acception d'employé de commerce. Les auteurs que nous avons consultés (Exemples Troplong ou Crémieu), ne se font pas scrupule de s'exprimer ainsi et c'est à dessein que ci-dessus nous avons extrait textuellement du dispositif de l'arrêt de la Cour de Nancy du 20 décembre 1892 (D. P. 94. 2. 348) ces mots : « le gérant n'est pas commerçant, mais simplement employé ou préposé ».

commerçant, son bénéfice et sa perte ne sont nullement illimités. S'il n'était pas davantage employé que serait-il ? un demi-patron a-t-on dit à propos des gérants de sociétés à succursales multiples. Mais cette expression nous semble particulièrement vide de sens.

Ajoutons enfin que le rapporteur de la loi de 1907 à la Chambre a dit qu'il y avait lieu d'appliquer la loi aux travailleurs de toutes catégories qui se rattachent au commerce et à l'industrie.

En résumé, le gérant est un employé dont les prérogatives peuvent être très étendues mais il n'en reste pas moins un préposé dépendant, un loueur de services et comme tel les contestations qui s'élèvent entre lui et son patron à propos de son contrat sont de la compétence du Conseil des Prud'hommes dans la mesure, du moins, où l'intérêt du litige est inférieur à 2.000 frs. ou indéterminé. (En ce sens Crémieu op. et loc. cit. p. 473).

Ajoutons qu'au point de vue de la compétence territoriale le conseil devant lequel doit être portée la demande est celui de la situation du fonds conformément aux règles générales de la compétence prud'homale.

SECTION III

EFFETS DU CONTRAT DE GÉRANCE A L'ÉGARD DES TIERS

Les tiers le plus souvent intéressés à la mise en gérance d'un fonds de commerce sont, soit les fournisseurs de marchandises ou des créanciers pour toute autre cause contractuelle, soit ceux qui ont été victimes de délits ou de quasi-délits du gérant. Nous avons à déterminer si ces différentes personnes ont action contre le gérant ou le propriétaire du fonds ou même dans certains cas contre les deux. En ce qui concerne les fournisseurs de marchandises ou les autres créanciers contractuels la solution de la question découle du principe que le gérant est le mandataire du propriétaire du fonds lorsqu'il traite avec eux ; quant aux tiers victimes de délits ou de quasi-délits du gérant celui-ci est sans doute tenu de réparer le préjudice qu'il leur a causé mais la responsabilité du propriétaire du fonds est également engagée en vertu de l'art. 1384 C. Civ.

§ I. — *Fournisseurs de marchandises et plus généralement créanciers dont le droit résulte des actes juridiques du gérant.*

Le gérant est le mandataire du propriétaire du fonds et le plus souvent il le représente à l'égard des tiers. Par conséquent les actes juridiques qu'il accomplit en vue de l'exploitation du

fonds ne produisent aucun effet en sa personne mais obligent son mandant. Celui-ci est tenu d'exécuter les engagements pris en son nom par son gérant à la condition qu'ils ne dépassent pas les limites raisonnables des pouvoirs nécessaires pour une gestion normale (Par exemple, nous avons dit qu'un emprunt contracté par le gérant dépourvu d'un mandat exprès n'oblige pas son patron). Il est à remarquer en outre que pour que la responsabilité du patron soit engagée il n'est pas indispensable que le contrat de gérance vise spécialement l'acte accompli par le gérant : il faut nécessairement tenir compte ici des pratiques et des usages commerciaux.

Ceux qui ont livré des marchandises au fonds ou qui ont effectué des travaux sur le matériel par exemple, ne peuvent poursuivre en paiement que le propriétaire et non le gérant. Il ne saurait y avoir de difficulté sur ce point qui se trouve réglé par l'application pure et simple des principes généraux du mandat.

Et les Tribunaux n'ont pas d'hésitation à ce sujet : ils déclarent toujours le propriétaire du fonds responsable du paiement des fournitures commandées par le gérant salarié.

A titre d'exemples, voici deux jugements du Tribunal de Commerce de Lyon, l'un du 3 juin 1927, l'autre du 11 mai 1928 (rapportés respectivement les 4 novembre 1927 et 10 octobre 1928 dans la Gazette judiciaire et commerciale de Lyon) qui condamnent le propriétaire du fonds au paiement de marchandises.

« Attendu que la gérance du fonds doit être considérée
« comme un contrat de travail qui laisse subsister la respon-
« sabilité du mandant (Jugement du 3 juin 1927).

« Attendu que le gérant d'un fonds de commerce demeure
« un salarié et que par suite le propriétaire reste responsable de
« sa gestion » (Jugement du 11 mai 1928).

Ces solutions qui procèdent du principe posé ci-dessus sont parfaitement justifiées car, dans ces espèces, il s'agissait bien de gérance salariée. Au contraire voici un arrêt de la Cour de Nancy qui nous paraît éminemment critiquable (Nancy 2^e Ch. 15 janvier 1929 Rec. Nancy 1929 N^o 64). Il condamne le propriétaire du fonds « sans qu'il y ait lieu, dit-il, de faire état
« vis-à-vis des fournisseurs des conventions passées entre le
« propriétaire du fonds et son détenteur précaire ». Or les indications que fournit cet arrêt donnent à penser qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un fonds donné à bail. A l'inverse de ce que nous venons de dire pour la gérance salariée la responsabilité du propriétaire ne saurait ici être engagée parce que, dans ce cas (1), le gérant travaille pour son propre compte.

L'arrêt de la Cour de Nancy auquel nous venons de faire allusion montre que les Tribunaux ont parfois **tendance** à con-

(1) Et à la condition que le contrat de gérance libre ait été publié : jurisprudence du Tribunal de la Seine sur laquelle nous n'avons pas à insister (janvier 1868. J. des Trib. de Com. 1868, p. 194, 27 mai 1885 ibid. 1886, p. 194 et 16 décembre 1885 ibid. 1887, p. 97).

damner automatiquement le propriétaire du fonds alors qu'en droit il devrait être exonéré, s'il y a bail du fonds (1).

En matière de gérance salariée il a même été jugé que le commerçant qui consent par son gérant à recevoir la livraison dans ses magasins de marchandises destinées à un tiers ne peut se refuser au paiement entre les mains du vendeur. Il est tenu d'exécuter les engagements de son préposé « attendu qu'il ne saurait opposer à des tiers de bonne foi un prétendu défaut d'autorisation suffisant à cet égard » (Paris 13 février 1866 J. des Trib. de Com. 1866 p. 520). Il y a là une application stricte mais fondée de la règle de la responsabilité du patron.

Cette règle cesse toutefois d'être valable s'il est reconnu que les marchandises fournies ont profité au gérant devenu acquéreur du fonds (Trib. Com. Le Havre 18 février 1925 Gaz. Pal. 10 avril 1925).

Nous avons supposé jusqu'alors que le gérant agissait dans la limite des pouvoirs à lui conférés. S'il n'en était plus ainsi le propriétaire du fonds serait-il encore responsable à l'égard des tiers, des actes de son gérant ? Il faut distinguer : si le tiers était de bonne foi c'est-à-dire s'il ignorait la restriction apportée aux prérogatives du gérant, il pourrait actionner le patron. Celui-ci a donc intérêt à prévenir, soit par lettres cir-

(1) Ainsi le Tribunal de Commerce de Rouen (14 novembre 1928. Rec. Havre, janvier, février 1929), a parfaitement bien jugé en décidant que le fournisseur de marchandises vendues au locataire d'un fonds de commerce ne pouvait en réclamer le paiement au propriétaire du fonds, alors surtout que celui-ci avait fait radier son inscription au registre du commerce et n'avait commis aucun acte pouvant laisser penser aux tiers que le locataire était son mandataire.

culaires, soit par une publicité dans les journaux d'annonces légales, les fournisseurs ou autres intéressés de l'étendue du mandat dont il charge son préposé. Dans ce sens Paris 14 mars 1872 (J. des Trib. de Com. 1872 p. 326).

Cet arrêt est particulièrement significatif ; il confirme un jugement qui avait condamné le propriétaire d'un fonds à payer des marchandises commandées par un préposé qui n'en avait pas le pouvoir.

« Considérant que B.... (le propriétaire du fonds) ne justifie pas qu'il ait prévenu les fournisseurs, marchands, avec lesquels il était en relation des limites dans lesquelles il avait entendu restreindre la mission de son préposé, etc... ».

Si, au contraire, le tiers était de mauvaise foi, le propriétaire du fonds serait à l'abri de ses poursuites. Cette solution logique est donnée par M. Crémieu. (Op. cit., p. 492 et 493) qui s'exprime notamment ainsi : « La sécurité dont les tiers ont besoin, l'intérêt que le commerçant a lui-même à fortifier le crédit de son agent, doivent conduire les juges à maintenir les engagements qui ont été pris par le préposé gérant au delà de ses pouvoirs lorsque le tiers avec qui il a traité était de bonne foi ».

Il va sans dire que l'action du tiers de bonne foi contre le mandant permet à celui-ci, le cas échéant (1) de diriger une action récursoire contre son préposé (art. 1992 C. Civ.) (Req. 28 mars 1855 D.P. 1855.1.165).

Une dernière hypothèse est à envisager : celle où le tiers n'a pas eu connaissance du contrat de gérance, le gérant n'ayant

pas précisé sa qualité ou s'étant présenté comme propriétaire du fonds ou encore ayant traité en son propre nom. Puisqu'il est d'usage en matière de commerce que le mandataire soit, jusqu'à preuve du contraire, censé avoir agi en son propre nom (Civ. 15 février 1893 S. 1893.1.128) le gérant sera considéré comme prête-nom ; c'est un mandataire qui se dissimule volontairement ou non. La conséquence en est que lui seul, en principe, sera responsable à l'égard du tiers qui ignore l'existence du propriétaire du fonds. Telle est la solution à laquelle on est conduit par l'application de la théorie du prête-nom élaborée par la doctrine et admise en général en jurisprudence. Citons notamment un arrêt du 3 mai 1893 (Req. 3 mai 1893 D.P. 1893.1.567) dans lequel on lit :

« Attendu que le mandataire lorsqu'il a en son propre nom contracté une obligation, devient le débiteur direct et personnel du créancier ».

Spécialement en matière de gérance de fonds de commerce la Cour de Paris a déclaré que les créanciers qui ont traité de bonne foi avec un prête-nom ont seuls le droit de se faire payer sur le prix de l'établissement géré par lui (8 décembre 1869 J. des Trib. de Com. 1870, p. 447). Un arrêt de la Ch. Civ. de la Cour de Cassation du 18 octobre 1893 (D. P. 1894. 1. 171) nous fournit encore l'exemple d'un gérant jouant le rôle de prête-nom ; ce dernier arrêt tout en admettant implicitement

(1) Par exemple, le patron, s'étant refusé à exécuter un marché passé à tort par son gérant a été condamné à payer des dommages-intérêts ; il pourra les récupérer sur ce dernier.

la responsabilité du prête-nom l'exonère en l'espèce parce qu'il n'avait pas joué ce rôle dans l'affaire litigieuse.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que le contrat de mandat continue de lier le commerçant et son préposé. Celui-ci a par suite le droit de se faire décharger par son mandant des obligations qu'il a contractées dans l'intérêt de ce dernier et ce par application de l'art. 2.000 C. Civ. C'est pourquoi on peut admettre que le tiers ayant traité avec le gérant, s'il vient à avoir connaissance de la situation pourra agir contre le préposant en vertu de l'art. 1166 C. Civ. mais il y renoncera le plus souvent l'action oblique lui étant peu favorable. Il préférera se prévaloir de l'enrichissement du mandant pour le poursuivre ; la Cour de Paris a admis ce procédé bien que celui-ci prétendait ne pas être responsable en raison de ce que son nom n'avait pas été révélé au moment de la conclusion du contrat (Paris, 6 août 1850 D. P. 54. 5. 483) (1). Quoiqu'il en soit du fondement de l'action du tiers contre le mandant, cette action peut être exercée concurremment avec celle dirigée contre le prête-nom (Paris, 6 août 1850 précité).

Il est bon de remarquer d'ailleurs que les considérations qui précèdent n'ont d'intérêt qu'autant que les opérations du gérant

(1) Voici les considérants de cet arrêt :
« Considérant que si D... a traité en son nom personnel avec des tiers,
« sans donner connaissance de son mandat, il n'en est pas moins vrai
« que les travaux exécutés par suite de ses traités ont été faits sur la
« chose dont de G. est et se reconnaît propriétaire dans ses conclusions
« signifiées ; que ces travaux nécessaires et de première utilité lui ont
« profité et que s'il ne les avait pas il s'enrichirait aux dépens d'au-
« trui ; que cette circonstance laisse sans application les principes invo-
« qués par l'appelant sur la non-responsabilité du mandant dont le nom
« n'a pas été révélé dans les actes de son mandataire ».
Cet arrêt a été critiqué par Laurent. Op. cit. T. 28, N° 63.

ont mal tourné. En effet dans le cas contraire, quelles que soient les conditions dans lesquelles celui-ci a traité, le propriétaire du fonds n'hésitera pas à le couvrir ou à désintéresser le tiers puisqu'il trouvera la contre partie dans les résultats de l'exploitation elle-même ou dans l'amélioration de son fonds.

§ 2. — *Tiers victimes de délits ou de quasi-délits du gérant*

Le gérant d'un fonds de commerce tout comme le propriétaire exploitant par lui-même peut causer un préjudice à autrui dans des circonstances très variées. Cela est susceptible de se produire en dehors de tout contrat ou au contraire à l'occasion d'un acte juridique dans lequel le gérant joue le rôle de mandataire.

Dans la première hypothèse, il peut y avoir intention de nuire (délict) : c'est le cas du commerçant qui fait passer un produit pour celui d'une maison jouissant d'une réputation méritée, qui par ses agissements cherche à créer une confusion dans l'esprit des consommateurs entre sa maison et une autre plus ancienne et très connue, qui dénigre par des allégations calomnieuses les produits d'établissements similaires ; il arrive également que le tort causé à autrui résulte d'un fait involontaire (quasi-délict) : un accident dommageable pour des tiers a lieu par la faute du gérant (sa voiture de livraison écrase un passant).

Dans la seconde hypothèse, nous supposons que les manœuvres dolosives du gérant au cours de la conclusion d'un marché

permettent à son co-contractant non seulement de demander la nullité du contrat mais encore des dommages-intérêts à raison du dol.

Nous allons voir que toujours la responsabilité du propriétaire du fonds s'ajoute à celle du gérant et qu'en outre l'art. 1384 C. Civ. peut, dans tous les cas, être accepté comme fondement à cette responsabilité.

Envisageons d'abord le dommage causé par le gérant en dehors de tout contrat. Pour montrer que son patron en est responsable par application de l'art. 1384 C. Civ. nous devons établir que ce dernier est bien le commettant du gérant. Mais au préalable, il faut que nous rappelions brièvement à quelles conditions un individu peut être considéré comme le préposé d'un autre.

Remarquons tout d'abord que la notion de préposé est indépendante d'un véritable contrat. Peu importe qu'il y ait ou non un contrat analogue au contrat de travail, que les conventions qui unissent les parties soient de la nature d'un mandat ou d'un louage de services ; la preuve en est qu'un individu peut être le préposé d'un autre aussi bien dans le cas où il fait des actes juridiques que dans celui où il accomplit des actes matériels pour cet autre (Aubry et Rau T. VI, p. 384).

Si la nature juridique du lien qui unit deux individus ne permet pas de dire que l'un est le préposé de l'autre, comment s'y prendra-t-on pour déceler cette qualité ?

Depuis longtemps la Cour de Cassation d'accord avec la majorité des auteurs a défini les caractéristiques qui permettent

de reconnaître le préposé. Voici la formule générale et précise qui se trouve dans un arrêt de la Chambre Criminelle du 3 octobre 1902 : (S. 1902. 1. 544).

« La qualité de préposé ne résulte pas seulement du choix
« fait par le commettant ; elle implique en outre que ce der-
« nier a le droit de donner à celui qu'il a choisi des ordres ou
« instructions sur la manière de remplir les fonctions qu'il lui
« a confiées ».

Pour qu'un individu soit le commettant d'un autre il faut donc deux conditions : 1° qu'il l'ait choisi ; 2° qu'il ait autorité sur lui. L'idée de subordination est corrélatrice de celle de choix. Dès lors la responsabilité du fait d'autrui se justifie par une double présomption de mauvais choix et de défaut de surveillance, surveillance que le commettant était en mesure d'exercer puisqu'il a autorité sur le préposé.

La théorie qui précède n'est pas restée à l'abri de toute atteinte : elle a été plus ou moins déformée ou même remplacée par d'autres.

Rappelons d'abord l'opinion de M. Lalou qui voit dans la subordination le critérium suffisant de la notion de préposé :

« Le préposé est celui auquel le maître ou le commettant
« ont le droit de donner des ordres sur la manière de remplir
« ses fonctions. Il importe peu d'ailleurs que ce préposé ait été
« ou non choisi par le maître ou commettant : le choix du pré-
« posé n'est pas nécessaire pour l'application de l'art. 1384
« (op. cit. N° 489) ».

D'autres auteurs, notamment M. Planiol (*Etude sur la responsabilité civile du fait d'autrui*. Revue critique de législation et de jurisprudence. Année 1909, p. 282 et s.), ont nié complètement que les idées de mauvais choix et de défaut de surveillance fussent à la base de l'art. 1384. Du moment, dit-il, que la présomption qui pèse sur le commettant est irréfragable, il n'y a plus de présomption à proprement parler. L'art. 1384 ne peut s'expliquer que si l'on fait appel à la notion de risque; celui qui profite des services du préposé est tenu des conséquences de ses actes parce qu'il doit supporter les risques inhérents à son activité. « *Ce principe qu'on pourrait appeler loi de connexité entre le profit et le risque est la base unique de la véritable responsabilité du fait d'autrui* » (*op. et loc. cit.*, p. 300).

Signalons enfin une dernière théorie voisine de la précédente et que la Cour de Cassation suivant M. Savatier aurait adoptée dans un arrêt du 13 janvier 1922 (D. P. 1923. 15 et la note de M. Savatier). Pour qu'un individu soit le préposé d'un autre, il suffit qu'il soit dans la dépendance économique et sociale de ce dernier qui prend les risques du travail à sa charge.

Ce qui est remarquable et ce qui nous autorise, croyons-nous, à ne pas prendre position dans le débat qui précède c'est que, quel que soit le critérium que l'on se fasse du préposé ou quel que soit le fondement que l'on assigne à l'art. 1384, le gérant apparaît comme le préposé de celui qui lui a confié son fonds. En effet :

1° Le gérant a bien été choisi par le propriétaire du fonds qui a vu en lui l'homme apte à le remplacer.

2° Le premier est subordonné au second qui a pu se réserver le droit d'intervenir dans des cas plus ou moins nombreux, qui, de toutes façons, exerce un contrôle plus ou moins rigoureux sur la gestion et peut lui donner des directives et des indications. Et si l'on nous objectait que le lien de subordination est ici par trop lâche nous répondrions avec M. P. Esmein (*Responsabilité civile*. Revue cnt. de législation et de jurisprudence. Année 1924 p. 193 et s. notamment p. 194) que « l'existence de la responsabilité du commettant ne suppose pas la possibilité matérielle constante de donner des ordres et de surveiller ; c'est particulièrement frappant pour le préposé qui est au loin, par exemple le commis voyageur ».

3° Pense-t-on qu'il n'y a préposé qu'au cas de dépendance économique ? La dépendance économique du gérant est peut-être ce qui est le plus frappant dans sa condition. Comme nous l'avons déjà dit : il exerce un véritable métier qui lui permet de subvenir à ses besoins.

4° Enfin n'oublions pas que le gérant reçoit une rémunération en échange de laquelle il doit consacrer toute son activité « à gagner de l'argent pour son patron » pourrait-on dire. Le propriétaire du fonds spéculé véritablement sur son travail ; il reçoit tout le profit de son activité. Dans ces conditions, l'idée d'entreprise qui se trouve à la base de l'argumentation de M. Planiol trouve ici son application sans difficulté aucune.

Ainsi le patron est responsable des actes dommageables pour autrui de son gérant parce que celui-ci doit être considéré comme son préposé quelle que soit l'idée que l'on se fasse de cette notion.

Les conditions de la responsabilité du propriétaire du fonds sont celles qui sont nécessaires pour rendre tout commettant responsable :

a) Il faut que le préposé gérant ait commis une faute et il va sans dire que pour cette raison il est tenu lui-même de réparer.

b) Il faut de plus que cette faute ait été commise dans l'exercice de ses fonctions (not. Crim. 23 mars 1907 D. P. 1908. 1. 351. Douai, 3 juin 1929. La loi du 5 novembre 1929. Trib. Com. Lyon, 13 décembre 1928. Gaz Com. et jud. Lyon 1^{er} mai 1929).

C'est ainsi que dans un arrêt récent (5 novembre 1926 Rec. Gaz. Pal. 1927. 1. 220) la Cour de Nancy a condamné à la fois un gérant et son patron à payer des dommages-intérêts à une société lésée par des faits réprimés pénalement par la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce.

Inversement, s'il s'agit d'une opération étrangère au commerce, le patron ne saurait être responsable. Par exemple s'il y a abus de confiance en dehors de l'exploitation commerciale elle-même (Paris, 12 juin 1866. J. des Trib. de Com. 1867, p. 246).

Quant à l'étendue de la responsabilité du propriétaire du fonds, il n'est pas douteux qu'elle se limite à la réparation du

dommage causé à autrui. En principe, si le délit civil constitue un fait prévu et sanctionné par la loi pénale, la peine dont est passible le gérant ne doit être supportée que par lui seul, alors même qu'elle serait purement pécuniaire (amende). Cette application du principe de la personnalité des peines est faite à la fois en doctrine (Roux Crs. de droit pénal et de procédure pénale N° 288) et en jurisprudence (Crim. 17 décembre 1891 D. P. 1892. 1. 365 Crim. 10 août 1916 D. P. 1917. 1. 119) (1). C'est pourquoi on peut s'étonner qu'un jugement du Tribunal correctionnel de Meaux du 3 février 1926 (Rec. Gaz Pal. 1926. 2. 422), déclare une société d'alimentation non responsable civilement d'une amende encourue par son gérant ayant commis une tromperie réprimée par la loi du 1^{er} août 1905. Sans doute la solution est juste mais les motifs sont erronés. Il s'agissait bien moins de déterminer si le gérant était le préposé de la société (ce à quoi les juges se sont exclusivement attachés pour conclure par la négative contrairement à ce que nous croyons) que de savoir si, exceptionnellement, il pouvait être dérogé au principe de la non-responsabilité pénale du fait d'autrui (et même à celui de l'irresponsabilité pénale des personnes morales).

Il faut reconnaître, en effet, qu'en dehors de certains textes spéciaux qui portent atteinte à ce principe (art. 35 du décret du

(1) On lit notamment dans le premier de ces arrêts :
« Attendu que l'amende est une peine, que toute peine est personnelle, sauf les exceptions spécialement prévues par la loi ».

1^{er} germinal an 13 (1), la jurisprudence approuvée par la doctrine (Roux *ibid.*) décide que dans les professions et les industries réglementées, les chefs d'industrie sont personnellement responsables des infractions aux lois et arrêtés qui en déterminent les conditions d'exploitation alors même que ces infractions seraient le fait de leurs employés. La Cour Criminelle a donné successivement différents motifs de cette dernière règle ; elle semble considérer, quant à présent, que la loi impose une obligation personnelle au chef d'entreprise et que par conséquent il y a faute personnelle de sa part en cas d'infraction. Arrêt du 21 décembre 1907 (Ch. Crim. D. P. 1910. 1. 169), qui rend un chef d'entreprise responsable de l'amende encourue par son préposé ayant contrevenu aux prescriptions d'un arrêté réglementant l'entreprise.

« Attendu que dans le cas où l'infraction a été commise
« par un préposé du chef de l'entreprise, ce dernier est pas-
« sible comme lui de la pénalité encourue et ne peut se préva-
« loir des principes concernant la responsabilité civile des maî-
« tres et commettants parce qu'il lui incombait en personne
« d'assurer l'exécution des charges qui lui sont directement
« imposées ».

(1) Les amendes visées par ce texte ont le caractère d'amendes fiscales et la Cour de Cassation décide que ces amendes doivent être considérées moins comme des peines que comme des dommages-intérêts payés au fisc en réparation du dommage causé par la fraude (Cass. 30 novembre 1869. S. 1870. 1. 115) et elle admet, en conséquence, que les commettants sont responsables des amendes fiscales prononcées contre leurs préposés (Crémieu. *Op. cit.*, p. 491).

C'est justement à ce point de vue que s'est placé le Tribunal correctionnel de Brest dans un jugement du 8 décembre 1922 (D. P. 1923. 2. 134). Il est à regretter cependant qu'il soit allé trop loin en déclarant un patron responsable pénalement du délit de tromperie visé par la loi du 1^{er} août 1905 (en l'espèce mouillage du lait) et commis par son préposé.

« Attendu que s'il est de principe que pénalement, on ne
« peut être responsable que de sa propre faute, il existe cepen-
« dant une dérogation à ce principe général à l'égard de ceux
« qui exercent une profession régie par des lois spéciales, telles
« que la loi sur les fraudes, ou par des règlements de police
« qui les rendent passibles des peines édictées, soit que l' infrac-
« tion résulte d'un fait personnel, soit qu'elle ait été commise
« par leurs préposés parce qu'il leur appartenait personnelle-
« ment dans ce dernier cas de veiller à l'exécution des charges
« imposées par ces lois et règlements ».

On a fait remarquer à juste titre que la loi sur les fraudes ne réglemente pas une profession déterminée, ni la profession commerciale, mais s'applique à tout le monde. Par suite elle n'est pas de nature à justifier une atteinte au principe de la personnalité des peines. Le patron ne saurait être responsable des amendes qu'elle inflige à son gérant tandis qu'il reste tenu de réparer le préjudice que le délit a causé aux tiers.

Au nombre des entreprises spécialement réglementées, on peut citer les entreprises de démolitions et surtout les débits de boisson. Le gérant qui enfreint les prescriptions relatives à ces professions engage à la fois sa responsabilité et celle de son

patron au point de vue pénal : Crim. 15 et 28 juin 1917 D. P. 1922. 1. 155.

L'arrêt du 28 juin casse un jugement du Tribunal de simple police de Mont-Saint-Vincent qui avait relaxé des poursuites une femme gérante du débit de boissons de son mari, cette femme ayant contrevenu à certains arrêtés de police. Le mari seul avait été condamné. La Chambre Criminelle estima que la gérante devait également l'être.

« Attendu que si les règlements de police relatifs à l'exercice d'une profession spéciale, comme celle de débitant de boissons à consommer sur place, obligent personnellement ceux qui l'exercent, la responsabilité pénale qui pèse sur les propriétaires des débits, à raison des contraventions qu'ils étaient tenus de prévenir, ne fait point obstacle à ce que conformément aux principes du droit commun, l'auteur direct de l'infraction, ne fut-il qu'un préposé soit personnellement poursuivi et condamné sans préjudice de la condamnation à intervenir suivant les cas, contre les propriétaires eux-mêmes ».

Supposons maintenant que le dommage dont le tiers se plaint soit consécutif aux manœuvres dolosives dont le gérant s'est rendu coupable lors de la conclusion d'un marché. Le patron en est-il responsable ; si oui, en vertu de quel texte ?

Si l'on adoptait ici l'opinion d'Aubry et Rau relativement aux effets du dol à l'égard du mandant, on devrait répondre par la négative. Ces auteurs pensent, en effet, que le dol commis par le mandataire est, en ce qui concerne la redevabilité

de l'action en nullité, censé avoir été commis par la partie représentée elle-même mais que celle-ci ne saurait être responsable des suites dommageables de ce dol (Aubry et Rau IV § 343 *bis*, p. 506) (en ce sens Req. 21 mars 1893 S. 1895. 1. 241).

M. Tissier, dans une note au Sirey 1899. 1. 210 expose qu'il est illogique d'admettre que le mandant soit représenté au point de vue de la formation du contrat sans l'être au point de vue des conséquences dommageables du dol et il soutient une thèse en vertu de laquelle le principe de la représentation entraîne pour le mandant l'obligation de subir et la nullité et la réparation du préjudice causé. Cette théorie qui n'avait pas été admise précédemment par la Chambre Civile (25 juin 1889 D. P. 1890. 1. 151) semble l'être par la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 2 février 1910 (D. P. 1910. I. 72) qui déclare que l'art. 1998 C. Civ. rend le mandant responsable de tous les actes accomplis par son mandataire fussent-ils délictueux ou quasi-délictueux.

Cela nous paraît bien difficile à admettre. L'art. 1998, 2^e al. C. Civ. déclare que le mandant n'est pas obligé pour ce que le mandataire a fait en dehors du mandat. Or le mandataire qui a manœuvré dans le but de tromper son co-contratant a dépassé son mandat car la personne qui l'a choisi ne lui a certes pas donné le mandat d'agir ainsi. Par suite le mandant ne doit pas être responsable si l'on recherche le fondement de cette responsabilité dans l'art. 1998.

Nous croyons que ce fondement se trouve dans l'art. 1384 (1). Telle est l'opinion de M. Wahl (note sous 21 mars 1893 précité). Il estime en effet que le mandataire est un préposé ; dès lors la réparation du dommage consécutif au dol incombe à son commettant, le mandant. D'autres auteurs sont également de cet avis. Pour ne citer que les plus formels, indiquons Laurent (T. 28, N° 54) (2). Guillouard (*Du mandat* N° 190) et M. Baleyrier qui, dans une note sous un arrêt de la Cour d'Orléans (4 mars 1896, S. 1898. 2. 28), qui repousse la responsabilité du mandant, dit ceci :

« Que le mandant ne soit pas tenu de ce qui a été fait par le mandataire au-delà des limites du mandat, voilà qui est incontestable (art. 1998, 2° al.). Mais faut-il en conclure avec la Cour d'Orléans que si le mandataire dans l'exécution de la mission qui lui a été confiée se rend coupable d'un dol le mandant n'en est pas responsable ? C'est autre chose, ce n'est plus une question de pouvoir, c'est une question de responsabilité qui est réglée non par l'art. 1998, mais par l'art. 1384 et sur laquelle la simple lecture du texte ne peut laisser aucun doute :
« Les commettants sont responsables du dommage causé par

(1) Ce que la Cour de Cassation a admis plusieurs fois, notamment 14 juin 1847 D. P. 1847. 1. 332 et 30 juillet 1895. S. 96. 1. 288.

(2) « Aux tiers victimes d'une faute conventionnelle ou d'un dol il n'y a aucun reproche à faire. Le seul à qui l'on puisse imputer une faute, c'est le mandant ; il a fait un mauvais choix, il a induit les tiers à traiter avec un homme qui ne méritait pas leur confiance, c'est la raison pour laquelle l'art. 1384 déclare le commettant responsable du dommage que celui-ci cause dans l'exercice de son ministère. Il y a même raison de le déclarer responsable du dommage qu'il cause dans l'exécution de son mandat ».

leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés. Le mandant est assurément un commettant, c'est même le type du commettant ».

Nous croyons que cette opinion qui fait du mandant le type du commettant est assez critiquable, mais nous n'avons pas à la discuter ici. Il nous suffit de constater que le gérant, mandataire lorsqu'il contracte avec les tiers ainsi que nous l'avons dit au ch. II, est en même temps le préposé de son patron comme nous l'avons établi ci-dessus. Dans ces conditions, l'application de l'art. 1384 ne doit pas ici soulever d'objection (1). Le patron en vertu de cet article doit supporter les conséquences dommageables du dol de son gérant.

Ainsi, à chaque fois qu'un tiers subit un préjudice par le fait du gérant, soit en dehors de tout contrat, soit en raison du dol dont il est la victime, il peut en rendre responsable le propriétaire du fonds en invoquant l'art. 1384 C. Civ.

Ajoutons que ce dernier est en droit d'exercer un recours contre son préposé dont la faute a causé le dommage qu'il doit réparer (Req. 10 juillet 1928. Gaz Trib. 11 septembre 1928).

Pour en terminer avec cette question, signalons que les obligations nées d'un délit ou d'un quasi-délit sont d'après une jurisprudence constante (Paris, 7 mars 1892, J. des Trib. de Com. 1893, p. 287 et 24 février 1928. Gaz Pal. 5 novembre

(1) Sans doute, à première vue, il peut sembler surprenant d'appliquer cet article relatif à la responsabilité délictuelle, à un dommage causé à l'occasion d'un contrat. Toujours est-il que les auteurs cités au texte (Wahl, Laurent, Guillouard, Baleyrier) ne se sont pas préoccupés de cela ; ce qui en réalité se comprend fort bien, car les manœuvres dolosives ayant causé un dommage, constituent à cet égard un délit.

1928, Trib. Com. St-Etienne, 12 avril 1929 Gaz Pal., 17 mai 1929) réputées commerciales lorsque le fait dommageable a été commis par un commerçant dans l'exercice de son commerce ; il ne saurait en être autrement quand ce fait a été commis par un préposé et notamment un gérant. Il s'en ensuit que le Tribunal de commerce est compétent pour connaître de l'action en responsabilité introduite contre le patron (Req. 30 juin 1897. J. des Trib. de Com. 1898, p. 593).

Notons enfin que la loi du 26 décembre 1923 qui a modifié les art. 2 et 59 C. Proc. Civ. et aux termes de laquelle la demande en réparation du dommage causé par un délit, une contravention ou un quasi-délit pourra être portée devant le juge du lieu où le fait dommageable s'est produit, trouve ici son application.

Chapitre V

FIN DU CONTRAT

Le contrat de gérance peut prendre fin pour des motifs variables : le décès du gérant (puisqu'il a été choisi *intuitu personæ*), l'interdiction du propriétaire du fonds (puisqu'il ne peut plus être commerçant), un cas de force majeure quelconque (par exemple l'incendie des locaux commerciaux) ; de même la maladie grave du gérant serait certainement pour lui un juste motif de quitter son patron. De plus, si l'une des parties ne remplit pas ses obligations, l'autre pourra conformément à l'art. 1184 C. Civ., demander en justice la résiliation du contrat conclu pour une durée déterminée ; il va sans dire qu'un tel contrat prend également fin par l'arrivée du terme.

Au contraire la mort du propriétaire du fonds n'est pas une cause de résiliation de plein droit du contrat de préposition (1). (Crémieu op. cit). Il en est de même de la vente (2), de

(1) Nous devons répéter ici des observations analogues à celles que nous avons faites plus haut à propos de l'emploi du mot préposé (ch. IV, s. II, § 3). Nous n'entendons nullement reconnaître l'existence d'un contrat de préposition qui prendrait rang à côté du contrat de mandat ou de louage de services et qui se distinguerait par des caractères particuliers. Il n'y a là qu'une expression commode pour désigner le con-

la fusion, de l'apport en société du fonds (argument du nouvel art. 23 L. I. du C. du Travail, al. 7, Loi du 19 juillet 1928, qui est ainsi conçu : « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise) (3).

Quant à la faillite du patron, elle entraîne à coup sûr la rupture du contrat de gérance à cause du dessaisissement qui frappe le failli. Si le contrat avait été conclu pour une période déterminée, le gérant aurait certainement droit à des dommages-intérêts et ces dommages-intérêts seraient privilégiés depuis que la loi du 19 juillet 1928 a modifié l'art. 23 du C. du Travail. En effet le dernier alinéa du nouvel article est ainsi « conçu : « Le privilège établi par l'art. 2101, 4^e C. Civ. s'étend aux indemnités prévues par le présent article, soit à .

trat de louage de services plus ou moins nuancé de mandat, qui intervient entre un commerçant et ses préposés ou employés. C'est ainsi que nous lisons dans Troplong : « La préposition est un contrat par lequel « on place une personne à la tête d'une certaine affaire de commerce « pour la diriger, ou d'un certain ministère pour le remplir, au compte « et sous les ordres du préposant » et plus loin : « La préposition est « un moyen commode d'activer les affaires du commerce par la division du travail ». (*Du mandat* N^o 60).

(2) Il faut rapprocher de la vente volontaire ou forcée le cas où le propriétaire de l'immeuble obtient la résiliation du bail des locaux commerciaux aux torts et griefs du propriétaire du fonds. Celui-ci devra indemniser son gérant qui, par suite des événements, se trouvera le plus souvent chassé du poste qu'il occupait.

(3) On a fait remarquer récemment (H. COMPIN. *Contribution à l'étude la condition juridique du clerc de notaire*. Thèse Paris 1930, p. 60), que ce nouvel art. 23 semblait sanctionner une novation par changement de personne.

« raison de l'inobservation du délai-congé, soit à raison de la « résiliation abusive du contrat ». Au contraire, s'il s'agit d'un contrat à durée non déterminée, le gérant n'aurait pas droit à une indemnité de rupture.

Le plus souvent le contrat ne stipule pas la période pendant laquelle il produit ses effets. Il faut alors lui appliquer les règles relatives à l'extinction du contrat de louage de services conformément à l'analyse qui en a été faite au ch. III. C'est dire qu'en vertu de l'art. 1780 C. Civ. (al. 2), chaque partie peut y mettre fin par sa volonté unilatérale. Dans une première section, nous étudierons dans quelles conditions elles peuvent le faire. Une seconde section sera consacrée à l'examen des clauses restrictives de l'établissement du gérant après son départ.

SECTION I

RUPTURE DU CONTRAT DE GÉRANCE A DURÉE INDÉTERMINÉE PAR LA VOLONTÉ UNITAÉRALE D'UNE PARTIE

Si l'on considérât ici, le contrat de gérance comme un mandat salarié les conclusions auxquelles on serait conduit diffèrent sensiblement de celles que nous allons donner.

En effet la jurisprudence, se fondant sur l'art. 2004 C. Civ. considère qu'au point de vue du droit de révocation, il importe peu que le mandat soit gratuit ou salarié (1) : la révocation peut avoir lieu *ad nutum* dans un cas comme dans l'autre (Req. 9 juillet 1885, s. 1887. 1. 478. Req. 1^{er} mai 1907, s. 1908. 1. 87). Il faut reconnaître cependant que le mandataire salarié peut réclamer une indemnité lorsque la révocation a été intempestive ou abusive (2). (Trib. Com. Seine, 30 septembre

(1) Les Tribunaux distinguent d'ailleurs entre le mandat salarié et le mandat donné dans l'intérêt des deux parties (1^{er} mai 1907 cité au texte). Dans le second cas, la cessation du mandat ne peut résulter que de l'accord des deux volontés (Civ. 11 février 1891. D. P. 1891. 1. 197. Dijon, 28 juin 1928. Rec. Dijon 1928. N° 181. Lyon 3^e ch. 17 janvier 1929. Mon. Com. et jud. de Lyon. 13 août 1929).

(2) La jurisprudence relative aux représentants de commerce est particulièrement instructive en cette matière (Oùtre-Nancy, 2 février 1909 précité qui se trouve aussi au D. P. 1910. 2. 268 V. Paris, 28 janvier 1911 D. P. 1912. 2. 167 et 15 janvier 1924 D. P. 1924. 2. 256).

1899. J. des Trib. de Com. 1901, p. 298. Nancy, 2 février 1909 S. 1909. 2. 246). Ce qui le rapproche sans doute du loueur de services mais leurs situations sont néanmoins différentes à deux points de vue :

En premier lieu le mandataire salarié ne peut invoquer le bénéfice du délai-congé.

En second lieu, les dispositions relatives à la rupture du contrat de travail (notamment la loi du 19 juillet 1928 à laquelle nous avons déjà fait allusion), ne lui sont pas applicables.

Nous allons rappeler brièvement le double palliatif apporté par la loi et la jurisprudence (la première n'ayant fait que suivre la seconde) à la libre rupture du contrat de travail pour l'appliquer ensuite au contrat de gérance.

Si, dans la profession envisagée, il existe des usages établissant un délai-congé, la résiliation unilatérale du contrat de louage de services à durée indéterminée, ne peut avoir lieu qu'autant que ce délai-congé a été respecté. En d'autres termes, il faut qu'un espace de temps plus ou moins long s'écoule entre l'avis de congé et la cessation effective du travail. L'art. 23 du C. du Travail (al. 2), dispose que « l'existence et la « durée du délai-congé sont fixées en conformité des usages de « la localité et de la profession ». La durée du délai de préavis peut également être indiquée dans le contrat mais « toute « clause fixant un délai-congé inférieur à celui établi par les « usages est nulle de plein droit » (art. 23 C. Civ. Trav., al. 3).

Une deuxième limitation, au moins aussi importante que la précédente sinon plus, résulte d'une disposition introduite dans l'art. 1780 C. Civ. par la loi du 27 décembre 1890 et reproduite par l'art. 23 C. Trav. : « La résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts ». Ce texte ne fut d'ailleurs que la consécration d'une jurisprudence préétablie qui se fondait sur l'art. 1382 C. Civ. et aux termes de laquelle la partie qui subit la résiliation doit prouver la faute de son adversaire (art. 1315 C. Civ.). La loi de 1890 ne précisait pas dans quelles conditions les dommages-intérêts sont dûs de telle sorte que les Tribunaux ont eu le champ libre pour élaborer peu à peu une jurisprudence qui continue d'évoluer chaque jour. (Sur cette évolution V. Rouast. *La rupture abusive du contrat de travail*. Chronique au D. H. 1928, p. 5). Citons parmi les décisions les plus récentes : Montpellier, 2^e ch. 27 octobre 1928. Mon. Midi, 15 avril 1929. Trib. Civ. Le Havre, 16 mars 1929. Rec. Havre, mars-avril 1929. Cass. Civ. 26 novembre 1928. Gaz. Pal. 19 janvier 1929). Aujourd'hui, les Tribunaux accordent des dommages-intérêts à la victime de la résiliation lorsqu'il y a eu abus du droit, cette notion étant entendue dans un sens très large. Ainsi il y a abus du droit si le renvoi de l'employé est dépourvu d'un juste motif (Req. 18 décembre 1918. D. P. 1923. 1. 198) ou même si le motif est insuffisant.

La loi du 19 juillet 1928 présente cette particularité qu'elle spécifie formellement que la preuve peut résulter d'une enquête sur les circonstances de la rupture. L'usage de l'enquête ne

sera pas ici sans utilité ; elle permettra au juge de se faire une idée plus exacte des torts de chacun. Si par exemple l'employé a brusquement abandonné son patron, l'attitude de celui-ci a pu être de nature à atténuer l'indemnité incombant au premier (Trib. Com. Lyon, 11 août 1928. Gaz. Com. et jud. Lyon, 14 novembre 1928). Inversement, la faute de l'employé peut être telle qu'elle justifiait un renvoi immédiat et sans indemnité (Civ. 15 décembre 1908, 6 août 1912 S. 1913. 1. 37).

Il faut enfin noter que l'art. 23 C. Travail (al. 5) dispose que « les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour « inobservation de délai-congé ne se confondent pas avec ceux « auxquels peut donner lieu d'autre part la résiliation abusive « du contrat par la volonté d'une des parties contractantes ». S'il y a à la fois renvoi brusque et abusif les Tribunaux devront donc, à l'avenir, accorder une indemnité distincte pour chacun de ces motifs. Jusqu'alors, la Cour de Cassation n'accordait qu'une indemnité globale (Req. 18 décembre 1918 précité).

Toutes les règles précédentes sont applicables à la rupture unilatérale du contrat de gérance. Le gérant doit bénéficier du délai de préavis et obtenir des dommages-intérêts en cas de résiliation abusive. Par ailleurs le patron jouit des mêmes avantages.

C'est ce que les Tribunaux décident couramment à de rares exceptions près (Trib. Com. Toulouse, 24 octobre 1928 Rec.

Gaz. Pal. 1928. 2. 832) (1). En ce qui touche la durée du délai de préavis, il ne saurait être inférieur à un mois. Tel est le délai ordinairement applicable aux employés payés au mois. Or le gérant s'il reçoit souvent un pourcentage sur le chiffre d'affaires, a droit presque toujours à un salaire fixe mensuel plus ou moins élevé qui constitue la base de sa rémunération.

Remarquons par ailleurs qu'en règle générale les usages, sanctionnés par la jurisprudence, sont d'accorder un délai de préavis de 3 mois à l'employé supérieur (P. Riffard et G. Preau. *Les délais de préavis*, p. 55). Or nous avons déjà dit que le gérant doit être considéré comme un employé supérieur dont la situation est en général comparable à celle d'un directeur commercial, fondé de pouvoir, chef de service. Il va sans dire que les Tribunaux sont parfaitement en droit d'apprécier cette situation et de décider en conséquence de la durée du délai de préavis.

C'est ainsi que la Cour de Caen, dans un arrêt intéressant à différents points de vue a reconnu que le gérant d'une maison de commerce, employé supérieur a droit à un délai de préavis de six mois en cas de congédiement (Caen 2^e ch., 27 novembre 1925. Rec. Caen 1925-1926, p. 254). Ce délai relativement long s'explique dans une certaine mesure par les circonstances de l'espèce (dans un précédent contrat un délai de préavis de trois mois avait été adopté).

(1) Ce jugement de Tribunal de Commerce qui déclare que le gérant peut être congédié sans délai de préavis est bien peu significatif. On y lit par exemple :

« Attendu que le contrat de X... n'est pas un contrat de louage, mais un contrat de gérance... ».

Spécialement, les gérants de cafés, hôtels ou restaurants exerçant les fonctions de fondés de pouvoirs et remplaçant le patron, doivent recevoir une indemnité au moins égale à un mois d'appointements et cette indemnité est à apprécier par les Tribunaux suivant la responsabilité des intéressés et l'importance de la maison (A. PORTIER. *Patrons, employés et ouvriers devant les prud'hommes*. Paris 1927, p. 273 et 274).

Quant à l'indemnité pour rupture abusive la jurisprudence suit également les principes ci-dessus. Voici deux décisions qui accordent à des gérants de fonds de commerce des indemnités à raison de leur renvoi sans motif légitime : Paris, 12 février 1859 (J. des Trib. de Com. 1859, p. 359) et 6 août 1862 (ibid. 1863, p. 56). En voici une autre suivant laquelle le gérant renvoyé pour fautes de gestion n'a droit à aucune indemnité : Paris, 6 juillet 1864 (ibid. 1865, p. 207).

A rapprocher Paris, 15 février 1866 (J. des Trib. de Com. 1866, p. 246) 10 avril 1875 (ibid. 1876, p. 56) et 27 août 1873 (ibid. 1876, p. 240). De ces trois dernières décisions, il résulte que lorsque le contrat détermine l'indemnité dûe en cas de renvoi du commis gérant, celui-ci congédié brusquement et sans motif a droit à l'intégralité de la somme fixée et l'état de faillite n'autorise pas le syndic à refuser d'exécuter la clause pénale.

Plus récemment, il a été jugé que le renvoi d'un gérant ne donne ouverture à des dommages-intérêts que lorsque la rupture constitue un abus du droit (Caen 27 novembre 1925 précité) et que par application de l'art. 1780 C. Civ. le gérant

indûment congédié a droit à des dommages-intérêts dont la fixation dépend des circonstances (Rouen, 11 janvier 1896. Rec. Rouen 1897. 1. 67) ou qui sont proportionnels au préjudice résultant de la résiliation (Trib. Com. Lyon, 3 juin 1921 Gaz. Com. et jud. Lyon, 15 février 1922).

SECTION II

VALIDITE DES CLAUSES RESTRICTIVES DE L'ETABLISSEMENT DU GERANT LORSQU'IL A CESSE SES FONCTIONS

Indépendamment de toute convention formelle, le vendeur d'un fonds de commerce, tenu à la garantie (art. 1603 C. Civ.) ne peut exercer, après son départ, un commerce similaire à celui vendu et susceptible de le concurrencer. Au contraire le simple gérant après qu'il a résigné ses fonctions n'est assujéti à aucune obligation de ce genre. (Trib. Com. Pontoise, 4 décembre 1923. Rec. Gaz. Pal. 1924. 1. 341) (1). Autant il était facile de comprendre que, pendant le temps où il travaillait, pour le propriétaire du fonds, il ne pouvait agir pour son compte, autant il est aisé de concevoir que, dès qu'il l'a quitté, il recouvre sa liberté absolue. Telle est la solution dictée par

(1) Ce jugement déboute le propriétaire d'un fonds de commerce qui avait assigné son ex-gérant en paiement d'une somme de dommages-intérêts pour concurrence déloyale :

« Attendu que la simple gérance d'un fonds de commerce ne saurait entraîner après sa cessation l'interdiction pour le gérant de s'établir dans un commerce similaire, alors surtout qu'aucune clause prohibitive n'a été prévue en dehors même du contrat de gérance ; qu'on ne saurait en effet à peine de restreindre la liberté commerciale assimiler un gérant à un vendeur qui par la cession de l'achalandage et de la clientèle s'interdit par là-même d'exercer un commerce similaire pouvant concurrencer celui vendu ».

le principe de la liberté du travail et de l'industrie (Loi du 2-17 mars 1791, art. 7).

Cependant si l'on considère l'importance du rôle joué par le gérant en contact permanent et direct avec la clientèle on se rend vite compte, qu'après l'extinction du contrat, il peut devenir pour son ex-patron un concurrent particulièrement dangereux. S'il s'établit alors à proximité, il est possible et même probable qu'une partie de la clientèle attachée au fonds qu'il vient de quitter, le suive. C'est pourquoi, dans le but d'échapper à l'éventualité de ce tort considérable, le commerçant auquel il loue ses services lui imposera très souvent une clause aux termes de laquelle il s'interdit après son départ de faire pour lui-même ou une maison concurrente un commerce semblable. Toute la question est de savoir comment cette clause peut se concilier avec le principe de la liberté du travail et de l'industrie consacrée par le droit intermédiaire. Il en est ici comme en matière de vente de fonds. La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens que la clause dite « de concurrence » (Crémieu op. cit., p. 484) peut restreindre la liberté du vendeur ou de l'employé mais non la supprimer totalement. (Cass., 21 janvier 1866 J. des Trib. de Com. 1866, page 61) (1). Pour que cette clause soit valable, il faut qu'elle ne puisse compromettre l'existence économique de l'intéressé (V.

(1) Cette décision s'appuyant sur l'art. 1134 « (les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites) ») déclare que le principe de la liberté du travail peut être restreint dans son application par les conventions des parties et que ces conventions ne deviennent illicites que si elles doivent entraîner pour l'un des contractants l'interdiction de son industrie d'une manière absolue et générale.

sur cette question Chenevard. *Traité de la concurrence déloyale*. Paris 1914. T. II, L. V. ch. VI. De l'interdiction de concurrence résultant d'un contrat de travail, d'association ou de vente de fonds, p. 33 à 98).

Ainsi l'interdiction de concurrence est le plus souvent licite si elle est limitée quant au lieu ou quant à la durée. Les trois décisions qui suivent, empruntées à des époques différentes, se sont prononcées en ce sens : Trib. Com. Seine, 6 mai 1852 (J. des Trib. de Com. 1852, p. 184). Civ., 2 juillet 1900 (S. 1904. 1.175). Trib. Com. Seine, 11 janvier 1928 (Gaz. Pal., 23 novembre 1928). Cependant il a été décidé, à juste titre, que l'interdiction pour un employé dont le contrat a pris fin de travailler dans une maison similaire, bien que limitée dans le temps et l'espace, peut, suivant les circonstances, être déclarée abusive notamment quand elle aurait pour effet de supprimer à cet employé son seul moyen d'existence (Req., 17 mai 1911. S. 1913. 1. 253). De même en cas de renvoi sans cause légitime un employé pourrait à titre de dommages-intérêts pour indu-congé être considéré comme délié de ses engagements (Chenevard op. cit., p. 64, citant Pic). Si les dits engagements ont été pris sous la sanction d'une clause pénale, l'employé ne peut s'en libérer en versant la somme stipulée (en ce sens Pouillet. *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 6^e éd. Paris 1912. N° 1154 bis).

Les Tribunaux de commerce connaissent valablement des faits de concurrence déloyale reprochés par un commerçant à

un autre commerçant, il va sans dire que la juridiction consulaire est compétente *ratione materiæ* pour connaître des litiges pouvant survenir entre un ancien gérant et son ex-patron à l'occasion de l'établissement du premier.

Chapitre VI

LA GERANCE DES SUCCURSALES DE SOCIETES

L'une des formes les plus récentes de la concentration commerciale est constituée par les entreprises à succursales multiples. Ces entreprises sont au point de vue économique d'une importance considérable puisqu'en 1918 on en comptait une centaine avec environ 13.000 succursales et qu'actuellement ce dernier chiffre doit osciller entre 15.000 et 20.000 (A. Bonnefoy. *Le marché des fonds de commerce*. Paris 1928, p. 22).

Ces maisons qui se caractérisent par la multiplicité des magasins de vente emploient un grand nombre de gérants et c'est pourquoi elles ont été amenées à rédiger un contrat de gérance type.

Nous avons dit (ch. II), que le gérant d'un commerçant indépendant était à la fois loueur de services et mandataire tandis que le gérant de succursale n'est que loueur de services parce qu'il ne représente jamais la société à laquelle il appartient. Du

fait que dans le premier cas la notion de mandat n'est utile, en réalité, que pour expliquer la représentation du patron par le gérant, la plupart des solutions que nous avons adoptées jusqu'alors procèdent de l'idée de louage de services. C'est la raison pour laquelle nous n'avons pas à les modifier dans ce chapitre. Par exemple, le gérant d'une succursale, tout comme le gérant d'un particulier, bénéficie de la protection légale relative aux accidents du travail ; de même les contestations qui pourront naître entre lui et la société seront de la compétence des Conseils de Prud'hommes au-dessous de 2.000 francs et du Tribunal de commerce ou des tribunaux de droit commun au-dessus de 2.000 francs suivant les indications que nous avons données plus haut (1) ; de même encore il peut se prévaloir de la législation sur la rupture unilatérale du contrat de travail (et la maison qui l'emploie également), etc...

Laissant désormais toutes ces questions de côté puisqu'elles ont été résolues, nous nous proposons de donner maintenant quelques précisions complémentaires d'ordre pratique sur le contenu du contrat qui intervient entre la société et le gérant.

Description du contrat d'un gérant de société à succursales multiples.

(1) En sens contraire, Tribunal régional de Colmar. 1^o Ch. Civ., 19 décembre 1922 (Revue jur. d'Alsace-Lorraine. Année 1923, p. 217). Le même Tribunal, dans un jugement du 16 juin 1925 (ibid. 1925, p. 517), avait ensuite adopté une solution opposée à la précédente mais sa décision fut réformée en appel par la Cour de Colmar (2^o Ch. Civ., 5 juillet 1927 ibid. 1929, p. 116). Nous avons discuté, plus haut (Ch. IV, s. II, § 3) les arguments de cette jurisprudence selon laquelle le gérant n'est pas un employé.

Cautionnement. Il arrive très souvent que les sociétés à succursales multiples n'exigent pas de leurs gérants le versement préalable d'un dépôt de garantie. Elles estiment que le montant du cautionnement qu'elles pourraient réclamer ne serait jamais en rapport avec la valeur des marchandises confiées et par suite avec l'importance des détournements à craindre. De plus, il serait assez peu moral, qu'un individu ayant toutes les qualités requises pour faire un gérant consciencieux ne puisse espérer cette situation du fait qu'il ne possède pas la somme exigée à titre de cautionnement. Enfin la société qui trouve déjà difficilement les gérants qui lui sont nécessaires se créerait à elle-même une entrave dans la recherche des personnes susceptibles de lui donner satisfaction.

Rémunération des gérants. — La rémunération des gérants est formée d'éléments assez divers. Ils reçoivent d'abord un fixe mensuel peu important, puis un pourcentage sur le chiffre d'affaires qu'ils font. Il est à remarquer que ce pourcentage varie suivant la nature des marchandises vendues et suivant l'importance de la succursale : il est d'autant moins élevé que la succursale est plus forte. Les directeurs des sociétés se sont en effet rapidement aperçus que les gérants de certaines grosses succursales gagneraient des sommes beaucoup trop élevées, supérieures à celles qu'ils touchent eux-mêmes, s'ils bénéficiaient d'un tant pour cent égal à celui des succursalistes moins importants (1).

(1) Pour les succursales peu importantes, le contrat assure au gérant un minimum de rémunération. C'est le contrat dit « avec garantie ».

D'autre part il arrive que sur certains articles et pendant une période déterminée, les gérants touchent une « guelte », c'est-à-dire une somme fixe par unité de marchandises vendue. De cette façon, la société active l'écoulement d'articles démodés ou défraîchis ou qui lui sont d'un bon profit.

Le plus souvent, le gérant et sa famille sont logés aux frais de la société. Le contrat stipule alors qu'il ne pourra se prévaloir de la législation spéciale sur les loyers, ce qui d'ailleurs ne fait pas de doute. Si le gérant n'a pas l'avantage d'un logement effectif, il reçoit une indemnité spéciale.

De la même façon que les grandes administrations, les maisons à succursales multiples accordent des allocations pour charges de famille. Ces allocations sont mensuelles et l'intéressé en touche une pour chacun de ses enfants au-dessous de 14 ans.

Enfin pour stimuler le zèle du gérant, un nouveau pourcentage lui est encore promis sur l'excédent du chiffre d'affaires de l'exercice courant sur celui de l'exercice précédent.

Il se paye de toutes les sommes qui lui reviennent par des prélèvements bi-mensuels sur la caisse.

Fonctionnement de la gérance et contrôle. — Les marchandises nécessaires à l'approvisionnement du fonds sont fournies au gérant sur sa simple demande, par la société. Il n'a donc pas à les acheter. Il doit vendre au comptant *au prix qui lui est indiqué*. Comme nous l'avons déjà dit, il ne représente donc jamais la société. Si une réparation du matériel ou un nouvel

agencement du magasin devient nécessaire il n'a pas qualité pour faire exécuter ces travaux au nom de la société. Il doit simplement signaler le fait à la direction qui prendra les mesures nécessaires.

Le gérant ne doit jamais faire d'affaires personnelles, sauf celles qui peuvent lui être spécialement permises. Ainsi dans le commerce de la chaussure il est très souvent autorisé à s'occuper des réparations pour son propre compte. La société, considérant que ce travail serait très peu rémunérateur pour elle, s'en désintéresse.

Le contrat stipule formellement que le gérant est comptable et responsable civilement et pénalement (art. 408 C. pén.) des marchandises du matériel et des accessoires en qualité et en quantité. Avant son entrée en fonctions, un inventaire est dressé, qui renferme l'énumération de tout ce que contient le magasin. De plus des inspecteurs et contrôleurs de marchandises peuvent se présenter à l'improviste dans une succursale pour y dresser un inventaire qui montrera s'il y a concordance entre les indications des documents comptables et la réalité.

Par ailleurs, des inspecteurs ou inspectrices ne révélant pas leur qualité peuvent, à n'importe quel moment, se présenter comme des acheteurs ordinaires pour contrôler la façon dont la succursale est tenue et s'assurer que les gérants ne pratiquent pas la « surbaine ». Par ce terme de métier, on désigne le fait du gérant qui vend un article plus cher que le prix fixé pour s'attribuer la différence.

Fin du contrat. — Le contrat est fait sans limitation de durée. Il stipule un délai de préavis réciproque de 30 jours. En outre la société se réserve le droit de déplacer le gérant ; si ce dernier n'accepte pas le nouveau poste qui lui est confié, il est considéré comme démissionnaire.

CONCLUSION

Dans les pages qui précèdent, nous nous sommes efforcé de faire une analyse détaillée du contrat de gérance ; nous devons maintenant tenter une synthèse des résultats obtenus.

Nous avons vu que, dans les siècles passés, il est possible de trouver des précurseurs de notre gérant de fonds, l'*institor tabernæ* à Rome, le facteur dans l'ancienne France, mais il s'agit bien plutôt d'une analogie de fonctions que d'une similitude de condition juridique. Et cela se comprend aisément si l'on observe que la réglementation actuelle du travail ou du contrat de louage de services n'est que la conséquence du développement économique du pays au 19^e siècle. Les questions que l'on doit se poser à propos du gérant ne pouvaient exister dans notre ancien droit pour cette raison.

En ce qui concerne la nature juridique du contrat de gérance, il faut distinguer : s'il s'agit d'un gérant *alter ego* du patron ou ayant pouvoir de le représenter dans une certaine mesure au moins, le contrat est un louage de services nuancé de mandat ; s'il s'agit d'un gérant qui n'a pas de fonction juridique à remplir tel qu'un gérant de succursale, le contrat est

un louage de services pur et simple. Dans le premier cas, l'idée de mandat, n'est utile que pour expliquer la représentation du propriétaire du fonds ; si l'on cherche au contraire à déterminer la condition du gérant, c'est à la notion de louage de services qu'il faut faire appel.

Ainsi conçue, la nature juridique du contrat de gérance influe constamment sur la solution à donner aux difficultés qui se présentent. Par exemple, ce sont les règles du louage de services qu'il faut appliquer si l'on recherche les conditions de capacité du gérant. De même, à supposer que le contrat ait été fait sans limitation de durée, le renvoi du gérant ne doit pas constituer un abus de droit du patron et ne peut avoir lieu qu'autant qu'un délai de préavis a été observé ; s'il en était autrement, ce dernier pourrait être condamné à payer des dommages-intérêts conformément aux textes et à la jurisprudence sur la rupture unilatérale du contrat de louage de services à durée indéterminée.

Il ne faudrait cependant pas croire que les considérations qui précèdent soient toujours suffisantes à elles seules pour résoudre toutes les questions relatives à la gérance. On doit encore se demander dans certains cas (loi sur les accidents du travail) si le gérant est un employé ou un chef d'entreprise. Nous avons opté résolument pour la première solution. La principale raison qui nous a guidés dans ce choix est que le véritable chef d'entreprise travaille pour son propre compte, les bénéfices qu'il réalise lui sont intégralement acquis ; tel n'est pas le cas du gérant salarié dont tous les actes profitent au patron. La dis-

inction que nous venons de faire ne présente plus qu'une importance relative à propos de l'application de la loi sur le repos hebdomadaire puisque, quelle que soit la qualité que l'on attribue au gérant, il est assimilé par cette loi à un chef d'entreprise.

En toute autre circonstance le gérant reste un employé. C'est la raison pour laquelle les différends qui peuvent surgir entre lui et son patron sont toujours de la compétence des conseils de prud'hommes au-dessous de 2.000 francs et peuvent être déferés à ces juridictions au-dessus de ce chiffre. Mais nous voyons déjà que la question ne se présente plus tout à fait sur le même plan ; il ne s'agit plus de savoir si le gérant est un employé ou un chef d'entreprise, il faut se demander si les pouvoirs dont il est revêtu ne lui font pas perdre son caractère d'employé. Nous ne le croyons pas. Ces pouvoirs donnent au gérant une place à part parmi les employés de commerce et nous en avons vu la conséquence quant à la durée du délai de préavis. Le gérant est un employé supérieur un « super-employé » si l'on veut nous passer l'expression. En principe, toutes les règles relatives aux employés lui sont applicables.

Nous avons dit enfin, que le gérant était au sens de l'art. 1384 C. Civ. le préposé de son patron. Le raisonnement qui nous a conduit à cette proposition ne s'appuie en rien sur les éléments qui précèdent. Peu importe que le gérant soit un loueur de services ou un employé pour savoir si son patron doit être reconnu son commettant. Il est vrai que cela tient à ce que la notion de préposé est indépendante de toute qualité juridique ; par suite il n'y a là rien de spécial au gérant.

Telles sont brièvement rappelées les principales difficultés que suscite la gérance des fonds de commerce. Il suffit de les énumérer pour se rendre compte de la complexité du problème. complexité qui provient de ce qu'il n'existe pas, comme on serait porté à le croire, de principe donnant la solution de toutes les difficultés. Suivant les cas, il faut se demander successivement ou même simultanément si le gérant est un loueur de services ou un mandataire, un chef d'entreprise ou un employé ou même s'il reste toujours un employé. Autant de questions, autant de points de vue différents, auxquels il faut se placer.

Nous avons entendu comparer la gérance salariée à un arbre exposé au soleil dont les aspects diffèrent suivant la place occupée par l'observateur. L'image, hardie peut-être, n'est pas dépourvue de justesse.

Vu, le Président,

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE

Vu, le Doyen :

H. BARTHÉLÉMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

Nous ne donnons ici que les titres des quelques ouvrages traitant spécialement de la gérance salariée ; pour les traités généraux de droit civil ou de droit commercial, le lecteur pourra se reporter utilement à ceux que nous avons cités à maintes reprises dans notre travail.

CREMIEU. — De la gérance d'une entreprise commerciale (*Annales de droit commercial*, Année 1909, p. 474).

GIL BAER. — *Des quasi-aliénations de fonds de commerce*. Paris 1929.

GRANGER. — *Gérance et location des fonds de commerce*. Thèse, Paris 1929.

LALOU. — La mise en gérance des fonds de commerce (*Chronique au D. H.* 1928, p. 21).

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — Antécédents historiques	17
SECTION I. — Droit romain	17
SECTION II. — Ancien droit français	25
CHAPITRE II. — Nature juridique du contrat de gérance.	31
SECTION I. — Distinction du mandat et du louage de services	36
SECTION II. — Cas général du gérant d'un propriétaire d'un fonds de commerce	41
§ 1. — Le contrat de gérance tient à la fois du contrat de travail et du mandat	41
§ 2. — Le contrat de gérance n'est pas un mandat pur	46
SECTION III. — Cas particulier des gérants des entreprises à succursales multiples	47
SECTION IV. — Nature commerciale ou civile du contrat de gérance	50
CHAPITRE III. — Conditions et préliminaires de la mise en gérance	53
SECTION I. — Conditions de fonds	54

	Pages
§ 1. — En la personne du gérant	54
§ 2. — En la personne de celui qui met en gérance	56
A) Propriétaires du fonds	56
B) Administrateurs du fonds	59
§ 3. — Le propriétaire de l'immeuble ou se trouve le fonds de commerce n'a-t-il jamais à intervenir dans la mise en gérance ?	63
§ 4. — Règles spéciales à certains fonds	67
SECTION II. — Conditions de forme.	
1°. — Constatations par écrit du contrat	69
2°. — Publicité	70
SECTION III. — Préliminaires,	
1°. — Inventaire des marchandises et du matériel	72
CHAPITRE IV. — Effets du contrat de gérance	75
SECTION I. — En la personne du gérant et du propriétaire du fonds	76
§ 1. — Le propriétaire du fonds ne change pas non plus que le titulaire du bail des lieux où s'exploite le commerce. Conséquences notamment au point de vue de l'application des lois du 30 juin 1926 et 6 juillet 1925	76
§ 2. — Le gérant n'est pas commerçant. Celui qui exploite un fonds de commerce par l'intermédiaire d'un gérant salarié est commerçant. Conséquences	80
SECTION II. — Effets du contrat de gérance <i>inter partes</i>	86
§ 1. — Obligations du patron à l'égard de son gérant. Salaire. Accidents du travail. Repos hebdomadaire	86
§ 2. — Obligations, pouvoirs et responsabilité du gérant	97

	Pages
§ 3. — Tribunaux compétents pour connaître des contestations entre le propriétaire du fonds et le gérant	101
SECTION III. — Effets du contrat de gérance à l'égard des tiers	106
§ 1. — Fournisseurs de marchandises et plus généralement créanciers dont le droit résulte des actes juridiques du gérant	106
§ 2. — Tiers victimes de délits ou quasi-délits du gérant	113
CHAPITRE V. — Fin du contrat.	12
SECTION I. — Rupture du contrat de gérance à durée indéterminée par la volonté unilatérale d'une partie	110
SECTION II. — Validité des clauses restrictives de l'établissement du gérant lorsqu'il a cessé ses fonctions	137
CHAPITRE VI. — La gérance des succursales de sociétés.	141
Description du contrat d'un gérant de société à succursales multiples. Cautionnement, rémunération des gérants, fonctionnement de la gérance et contrôle, fin du contrat	141
CONCLUSION	147

